



D<sup>o</sup>. MAGDA YADIRA ROBLES GARZA, con N.I.E. N<sup>o</sup>. : X 2040709 B

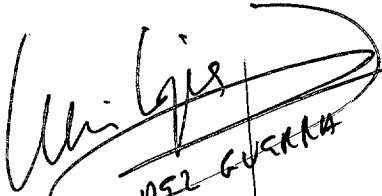
AUTORIZA:

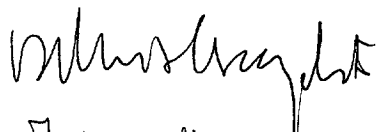
A que su tesis doctoral con el título: **"La protección constitucional de los derechos sociales. El caso de México"** pueda ser utilizada para fines de investigación por parte de la Universidad Carlos III de Madrid.


Getafe, 18 de septiembre de 2003

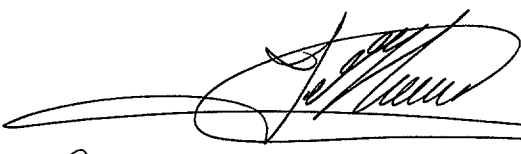
Fdo.: Magda Yadira Robles Garza.

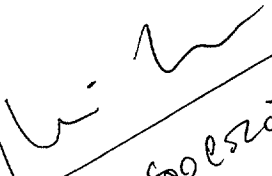
A handwritten signature in black ink, appearing to read "Magda Robles Garza", is written over the printed name.

  
Luis Lopez Guerra

  
Jose Luis Cepeda Castro

  
Pablo Perez Tremps

  
Fdo: Jose M. Saucha

  
J. J. Solesch

## RESUMEN

Uno de los logros más relevantes del constitucionalismo del siglo pasado está representado por la inclusión en las constituciones de los llamados derechos sociales. A pesar de sus implicaciones en la concepción del Estado Social en cuanto a su realización, las limitaciones en tal sentido no son suficientes para negar su valor y fuerza como categoría constitucional.

A partir de la determinación del alcance jurídico en cuanto normas constitucionales, las posibilidades por las que cabe hablar de una protección más efectiva de los derechos sociales señalan que el control de constitucionalidad permite que estos derechos actúen como parámetros del control de la constitucionalidad y como criterios interpretativos del ordenamiento jurídico.

En el ámbito mexicano, esta compleja problemática se refleja en los antecedentes constitucionales y la incorporación de los derechos sociales, así como el papel del Estado mexicano, principalmente, a partir de los ochentas, con la consolidación del constitucionalismo iniciado en 1917.

Sin embargo, determinar el valor y posición de los derechos sociales admite una revisión de las posibilidades que ofrece el control constitucional de las leyes en México que permite hacer efectivos los postulados sociales, así como los retos que debe enfrentar para lograrlo.

El área de conocimiento es Derecho Constitucional

y según la clave de la UNESCO es:

5605 Derecho y Legislación nacionales

04 Derecho Constitucional

TL 00215  
(2º sötano)



## **LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES. EL CASO DE MÉXICO**

Tesis doctoral que presenta Magda Yadira Robles Garza  
Dirigida por Dr. D. Luis Aguiar de Luque  
Doctorado en Derechos Fundamentales  
Universidad Carlos III de Madrid  
Diciembre de 2002.



## ÍNDICE

### PRIMERA PARTE: PERSPECTIVA GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>8</b>
 <b>CAPÍTULO PRIMERO. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES</b>	
A. Configuración jurídica de los derechos sociales	
1. Noción de derechos sociales.....	15
2. Antecedentes.....	15
3. Indeterminación del texto constitucional.....	16
B. Estado actual en torno al tema de la protección constitucional de los derechos sociales.	
1. Garantías y derechos sociales.....	19
2. Interpretación constitucional y la justiciabilidad de los derechos sociales.....	20
 <b>CAPÍTULO SEGUNDO. IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES</b>	
A. Introducción .....	22
B. Los orígenes constitucionales de los derechos sociales.....	22
1. El constitucionalismo francés (1789-1795).....	25
2. La II República Francesa (1848).....	28
C. El constitucionalismo social	
1. Antecedentes.....	28
2. Los textos constitucionales fundadores	
2.1 La Constitución de Querétaro.....	30
2.1.1 Las condiciones del debate en el constituyente mexicano.....	
2.1.2 El constitucionalismo social agrario.....	33
2.1.3 Del trabajo y la previsión social.....	36
2.1.4 De la educación.....	39
2.2 La Constitución de Weimar	

2.2.1 Una nueva concepción de los derechos.....	40
2.2.2 La protección constitucional referida a la vida social....	41
2.2.3 El derecho constitucional a la educación.....	42
2.2.4 El constitucionalismo económico.....	43
<b>D. Evolución ulterior de los derechos sociales</b>	
1. Periodo de posguerra y entreguerras (1919-1939).....	47
2. Periodo de la última posguerra.....	49
2.1 En el ámbito de los Estados.....	49
2.1.1 Las constituciones europeas.....	49
2.1.2 Las constituciones latinoamericanas.....	57
2.1.3 Las constituciones de los países del este europeo.....	59
2.2 En el ámbito internacional y regional.....	60
<b>E. Evaluación del modelo constitucional: el problema de la eficacia de los derechos sociales.....</b>	<b>64</b>

## **CAPÍTULO TERCERO. LAS DIFICULTADES PARA LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN GENERAL.**

<b>A. Introducción.....</b>	<b>71</b>
<b>B. Respecto a su delimitación constitucional</b>	
1. Delimitación de los contenidos.....	72
2. El problema terminológico.....	85
<b>C. Respecto a su valor y posición constitucional</b>	
1. Planteamiento: ¿los derechos sociales son derechos fundamentales?.....	89
2. Las críticas en el ámbito socio-político de la configuración de los derechos sociales.....	91
3. La referencia al condicionante económico.....	100
4. El valor normativo de los derechos sociales.....	115
4.1 Formulación lingüística.....	117
4.2 Tipología de las normativas constitucionales.....	121
4.3 Alcance jurídico: ¿Los derechos sociales son derechos justiciables?.....	132
<b>D. Respecto a los problemas institucionales: el principio de la división de poderes y el principio democrático</b>	
1. Planteamiento.....	139
2. Respecto a la Administración Pública.....	140
3. La deferencia al legislador democrático.....	144
4. El poder judicial y los derechos sociales.....	155

E. Evaluación de las tesis que niegan eficacia jurídica-constitucional a los derechos sociales. La función jurídico-normativa de los derechos sociales.....	160
---	-----

F. Algunas propuestas de solución a las dificultades de protección de los derechos sociales	
1. Propuestas en sede constitucional.....	164
1.1 Inconstitucionalidad por omisión.....	164
1.2 Sentencias aditivas del control de constitucionalidad.....	167
2. Colaboración entre órganos.....	171
2.1 Sentencias de apelación.....	171
2.2 Declaración de mera inconstitucionalidad sin nulidad.....	172
2.3 Sentencias aditivas de principio o sentencias delegación.....	174
2.4 Técnica del reenvío.....	175
3. Otras vías de solución.....	176
3.1 Autoayuda y subsidiariedad.....	176
3.2 Responsabilidad ciudadana.....	178

## **CAPÍTULO CUARTO. LAS POSIBILIDADES DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

A. Introducción.....	180
B. Las peculiaridades del control de constitucionalidad en materia de derechos sociales	
1. La indeterminación normativa.....	182
1.1 La estructura normativa de los derechos constitucionales sociales.....	182
1.2 El lenguaje constitucional.....	185
1.3 Los contenidos fundamentales.....	187
2. El ámbito de aplicación de los derechos sociales en el control de constitucionalidad.....	189
2.1 La eficacia normativa.....	189
2.2 La interacción entre los poderes públicos.....	194
2.3 La función del juez constitucional.....	196

3. Las circunstancias que contrarían el juicio de constitucionalidad en materia de derechos sociales.....	202
3.1 Las dificultades para amparar dimensiones prestacionales.....	202
3.2 La objeción democrática.....	210
3.3 Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.....	223
C. Los derechos sociales como parámetro del control de constitucionalidad	
1. Los derechos sociales como garantía de participación política de sectores más vulnerables.....	230
2. Los argumentos de la libertad.....	235
2.1 Los derechos sociales como posiciones jurídicas prestacionales.....	235
2.1.1 El concepto de los derechos a prestaciones.....	235
2.1.2 Un modelo de derechos fundamentales sociales.....	238
2.1.3 Las posibilidades del modelo de derechos sociales de Alexy respecto del control de constitucionalidad.....	243
3. Los argumentos de la igualdad como vía para la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales.....	249
3.1 La tesis de la presunción inversa de constitucionalidad de la ley.....	249
3.2 El argumento de la igualdad sustancial.....	270
D. Los derechos sociales como criterio de interpretación del ordenamiento jurídico	
1. Como límites a la actuación del legislativo.....	284
2. En el desarrollo de principios y valores fundamentales del texto constitucional.....	286
E. Evaluación crítica de las propuestas. Hacia una mayor protección constitucional de los derechos sociales.....	288

## SEGUNDA PARTE: PERSPECTIVA MEXICANA

### CAPÍTULO QUINTO. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL MEXICANO

A. Introducción.....	293
B. Antecedentes constitucionales de las garantías sociales y su evolución	
1. Antecedentes.....	293
1.1 Constitucionalismo independiente.....	297

1.2	Constitucionalismo centralista.....	298
1.3	Constitucionalismo de la Reforma.....	301
1.4	Constitucionalismo revolucionario.....	303
2.	Evolución.....	309
2.1	La Constitución de Querétaro y las Garantías Individuales.....	309
2.2	Reformas en materia social.....	319
2.3	Reformas en materia económica.....	329
2.4	Reformas en materia laboral.....	333
2.5	Reforma ambiental.....	337
2.6	Reforma indígena.....	337
2.7	Seguridad Pública.....	338
C.	La protección constitucional de las garantías sociales.....	339
1.	Delimitación constitucional.....	339
1.1	Contenidos.....	339
1.1.1	De los contenidos sociales.....	340
1.1.2	De los contenidos económicos.....	347
1.1.3	De los contenidos culturales.....	351
1.2	Terminología: ¿Garantías sociales o derechos sociales?..	356
2.	Valor y posición constitucional de las garantías sociales en la Constitución de 1917.....	362
2.1	Planteamiento.....	362
2.2	La referencia al condicionante económico.....	366
2.3	El valor normativo de los derechos sociales.....	369
3.	Los problemas institucionales: El principio de división de poderes y la eficacia jurídica de las garantías sociales.....	379
3.1	Planteamiento.....	379
3.2	Las relaciones entre los derechos sociales y la Administración Pública.....	380
3.3	Referencia al legislador democrático.....	383
3.4	Jueces y derechos sociales.....	388
D.	Consideraciones sobre el modelo constitucional social mexicano.....	394

## **CAPÍTULO SEXTO. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO**

A.	Introducción.....	399
B.	Las características de la jurisdicción constitucional en México.....	399

### C. Las posibilidades de control constitucional de los derechos sociales.

1. Planteamiento.....	403
2. El juicio de amparo mexicano.....	403
2.1 El amparo contra leyes.....	404
2.2 El recurso de inconstitucionalidad.....	407
2.3 La suplencia de la queja en leyes consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte.....	409
3. La acción de inconstitucionalidad.....	410

### D. Un modelo de protección constitucional de los derechos sociales en México. Elementos para una propuesta.....414

1. Las propuestas de solución y su adecuación al contexto Mexicano.....	414
2. Otros mecanismos de solución.....	423

### E. Los retos de la Constitución de 1917.....428

## CONCLUSIONES.....440

## BIBLIOGRAFÍA.....450

## INTRODUCCIÓN

La presente introducción persigue como finalidad el plantear en forma breve y concisa los puntos que interesan en la investigación que se pone a la consideración del lector. Entre otras cosas, se presenta la importancia del tema, el método, y las fuentes empleadas para alcanzar el objetivo propuesto.

El siglo XX trajo consigo la realización de un importante esfuerzo en el Derecho Constitucional por dotar de nuevas categorías de derechos para el tratamiento de problemas tan simples como antiguos en la historia del hombre. Puede decirse que los primeros intentos que dieron cuenta de los cambios acaecidos en la sociedad de ese entonces aparecieron en los textos constitucionales europeos del siglo precedente. En esta centuria se constata como valor supremo inspirador la libertad, como valor sobre el que descansaba el aparato del Estado.

Así, aspectos tan importantes como la división de poderes, el papel del Estado frente a la sociedad así como la preeminencia del valor libertad adquirieron una sólida posición en tanto que proveían el anclaje sobre el cual la dogmática positivista sentó las bases para normar el orden social.

Sin embargo, el convulso periodo de entreguerras puso especial énfasis en la necesidad de superar las condiciones sociales y económicas que hasta entonces se veían dando. La urgencia por resolver las contradicciones y el surgimiento de nuevas reivindicaciones como las que proveía la incorporación en los textos constitucionales del valor de la igualdad, dieron entrada a una nueva concepción del Estado. En este contexto, los órganos públicos asumen como signo visible en todos los casos un compromiso con la procura existencia, es decir, el mantenimiento de ciertas condiciones materiales mínimas de bienestar de personas y grupos, más concretamente, con aquellos sectores más vulnerables.

Sin duda, la inclusión de este nuevo valor a escala constitucional significaba, por sí, quebrar el monopolio del anterior régimen, típicamente liberal, para introducir los cambios en la normatividad constitucional. Cambios que reflejaron la lucha por las reivindicaciones sociales y económicas que dieron lugar a lo que conocemos como “derechos sociales” y con ellos, al

constitucionalismo social. La consecuencia inmediata de la presencia de dichas cláusulas fue adjudicar al Estado determinadas funciones como la satisfacción de necesidades, protección de grupos desfavorecidos, condiciones de cumplimiento, entre otros. El rediseño del modelo impuso al Estado deberes positivos y no de mera abstención, como hasta entonces se habían atribuido a los órganos estatales.

Como es evidente, la adición de estos fenómenos y la complejidad que supone para el nuevo concepto de relaciones entre el Estado y la sociedad, así como entre los diversos entes públicos, no es posible analizarla sobre las bases anteriores. Las premisas del valor libertad resultan insuficientes para explicar el fenómeno por interesantes que pudieran resultar. Para allanar el camino se exige una labor que, sin desechar las normas que provienen de otras épocas y por distintas causas, someta a profunda revisión la realidad constitucional a partir de la reconstrucción de los antiguos esquemas del Derecho tradicional.

Ante este panorama, las bondades que impulsaron el fenómeno de los derechos sociales también pusieron de manifiesto las imposibilidades para darles cumplimiento a las promesas que consagraban los textos constitucionales en el ámbito social y económico. Principalmente, las cuestiones que más dudas suscitaron se asentaron en su difícil puesta en marcha por las limitantes presupuestarias, lo que dio lugar a la devaluación jurídica de los postulados sociales. Al tratarse de aspectos que recaen en el ámbito de lo no justiciable devino en la falta de eficacia jurídica de la normatividad.

Sin duda, el tratamiento de los problemas que el constitucionalismo social trajo consigo debe seguir un quehacer analítico reconociendo, en primera instancia, sus orígenes y fuentes. Posteriormente, la problemática nos lleva a buscar tantas soluciones como sean posibles para hacer efectivos las cláusulas constitucionales. Obvia decir, que el fenómeno social en su totalidad está integrado por otros factores extra-jurídicos no controlables pero que, sin embargo, no pueden dejarse de lado al acometer su estudio. No obstante, no es la intención aquí mezclarlos a un tiempo sino, hasta donde sea posible, considerarlos para luego analizar los derechos sociales desde una sola de las perspectivas resultando, en este caso, la cualidad jurídica del objeto de estudio.



Precisamente, la elección del objeto de estudio obedece a varios factores. Entre otros, a expreso interés personal en seguir investigando en el extraordinario campo de los derechos fundamentales y su estrecha relación con la jurisdicción constitucional, como medio para asegurar la defensa de los primeros. Por ello, y por la incidencia en la actualidad y, sobre todo, en el futuro próximo en el sistema de control de constitucionalidad en México, mis primeras reflexiones las dirigí hacia el estudio de las cláusulas sociales motivada por el papel simbólico que el texto de Querétaro tiene en el nacimiento de estos derechos. También, por las influencias tanto americanas como europeas que ha recibido nuestro sistema de control de constitucionalidad.

No obstante, debo hacer la aclaración que en nuestro país este proceso de control de constitucionalidad se ha volcado sobre el juicio de amparo, como instrumento que permite que los individuos impugnen una ley que vulnere sus derechos fundamentales tan pronto como entre en vigor o bien, en el primer acto de aplicación de dicha normatividad. Afortunadamente, en los últimos años, en México se ha desarrollado una evolución importante en el sistema de protección constitucional.

En efecto, se otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultades de control de constitucional con la clara intención de acentuar su carácter de Tribunal Constitucional. Además, interesa para efectos de nuestro estudio la importante reforma de 1994, en la cual se dio cabida a innovaciones que optan por el sistema europeo de control de constitucionalidad como lo fue la introducción de la “acción de inconstitucionalidad”. Adición que dio entrada a la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes y la ampliación de competencias en materia de controversias constitucionales.

Dado estos favorables pasos en nuestro sistema constitucional de control de las leyes, así como la apertura democrática que se vive en la actualidad que ha dado sus primeros frutos visibles con el respeto por el principio de separación de poderes y a las instituciones del país, creo coherente fortalecer este sistema de protección con un tema olvidado por la doctrina tradicional mexicana y con un antiguo adeudo por cumplir en la realidad social y política del país.

Por todo ello, nos avocamos al estudio de la protección constitucional de los derechos sociales teniendo en mente que el mismo pudiera ser de utilidad

en el ordenamiento jurídico mexicano. Estoy consciente de la importancia que reviste la cuestión no sólo en España, sino también en Europa. El largo camino que han recorrido y las aportaciones que al tema han hecho los sistemas de control de constitucionalidad de los países europeos me ha permitido apreciar con mayor nitidez los elementos empleados para tener una noción objetiva y cuestionar el proceso constitucional mexicano.

Tomando en cuenta estos elementos queda hecha la elección. El objeto del presente trabajo lo constituye la protección constitucional de los derechos sociales y, más concretamente, las posibilidades que ofrece el control de constitucionalidad para salvaguardar las cláusulas sociales. En el ámbito mexicano, pareciera además, condenado a ser el elemento “social” de nuestra Constitución, cuando en su valía debieran resaltar los valores que justifican las cláusulas sociales y su fuerza constitucional.

A lo largo de las páginas que siguen pretendemos analizar, en una primera parte, de manera general el nacimiento y evolución de los derechos sociales, con el riesgo de no profundizar con el rigor requerido en algunos aspectos. Sin embargo, hemos decidido hacerlo así porque resulta una forma de exponer de forma clara la problemática que surge de considerar los derechos sociales como verdaderos derechos y, especialmente, con los aspectos ligados con su falta de eficacia. Estamos conscientes de que algunos de los temas ya han sido abordados en otros estudios y aquí sólo se ha tomado referencia de ellos.

Para el desarrollo de esta investigación he utilizado el método histórico, analítico y comparativo. El primero porque para comprender los sistemas es imprescindible conocer los antecedentes directos e indirectos de las instituciones jurídicas, en este caso, me remito a los antecedentes de los derechos sociales más allá de los textos fundadores de Querétaro y Weimar.

El segundo porque para comprender cabalmente la problemática de los derechos sociales resulta necesario desentrañar cada una de sus implicaciones. Por lo tanto, el análisis de la teoría constitucional, especialmente, la española, aunque sin descartar algunas referencias de otros países europeos, enriquecen el debate en torno al problema de protección de los derechos sociales. Del mismo modo, se emplea el método analítico para revisar las posibilidades de protección de los derechos sociales según los

criterios de interpretación empleados por el juez constitucional. Obviamente, nada más alejado de mi intención es agotar las múltiples funciones que legisladores y jueces puedan desempeñar, en relación con los derechos sociales, en el Estado constitucional moderno.

De esta manera, el método comparativo se ha empleado para trasladar el panorama teórico-constitucional al escenario mexicano, con la creencia de que, a pesar de las diferencias entre los sistemas jurídicos, existen problemas comunes para cuyo tratamiento son útiles las propuestas teóricas que la doctrina tanto americana como europea han desarrollado durante las últimas décadas para tratar de alcanzar la realización de los postulados sociales plasmados en las constituciones.

Como habrá de verse, ambos elementos guardan vinculación con el objetivo del trabajo. La revisión analítica de la teoría constitucional referida a los derechos sociales en cuanto a sus principales problemas, pero sobre todo, en cuanto a las oportunidades para alcanzar mayores cotas de protección a los derechos, me permitirá trasladar estos elementos al contexto mexicano para justificar, en su caso, la evaluación y las propuestas para el modelo constitucional.

Una vez más considero conveniente señalar que en los últimos dos capítulos existen diferencias metodológicas, ya que la investigación se limita por un lado, al estudio de la teoría constitucional, principalmente, europea que se ha desarrollado en relación con la protección de los derechos sociales (Capítulos del Primero al Cuarto). Por otro lado, el estudio de esta temática se circunscribe al terreno constitucional mexicano, específicamente, en relación con los problemas y las posibilidades de examinar y evaluar el modelo constitucional mexicano referido a los derechos sociales (Capítulos Quinto y Sexto).

En atención a lo anterior, el trabajo se ha dividido en dos partes. La Primera de ellas se hace referencia a la perspectiva general de la temática. Esta primera gran sección tiene en el Capítulo Primero, el propósito de considerar que uno de los logros más relevantes del constitucionalismo del siglo pasado está representado por la inclusión en las constituciones de los llamados derechos sociales. Los orígenes y evolución de este movimiento constitucional, así como sus implicaciones en la concepción del Estado Social en cuanto a la

supuesta crisis de los derechos sociales referida a su eficacia jurídica, serán desarrollados en el Capítulo II.

En el Capítulo Tercero se da cuenta de que, no obstante la importancia de estos derechos para la consecución de una vida digna y la realización de las libertades, la experiencia muestra que se trata de una categoría complicada cuyo estudio debe partir de los problemas que afectan a su consideración como derechos y a su plena realización. Por lo cual, en este capítulo se analizan los principales argumentos que sostienen la imposibilidad de hablar de derechos sociales constitucionales desde la perspectiva de los derechos y de los órganos públicos. En el primero se abordan los ámbitos sociales, políticos, económicos y jurídicos. En el segundo, las relaciones entre los poderes al materializar los derechos. Todo ello con la finalidad de demostrar que estos planteamientos no son suficientes para negar su reconocimiento como categoría constitucional.

Una vez comprobada la eficacia jurídica de los derechos sociales y su alcance jurídico en cuanto normas constitucionales en el capítulo precedente, en el Capítulo Cuarto se examinan las posibilidades por las que cabe hablar de una protección más efectiva de los derechos sociales por medio del control de constitucionalidad.

En un primer momento se señalan las particularidades del control de constitucionalidad en materia de derechos sociales. Enseguida, se analizan las más importantes posibilidades de actuación de los derechos sociales: como parámetro del control de la constitucionalidad y como criterio interpretativo del resto del ordenamiento jurídico. Para este análisis se ponen sobre la mesa argumentos que nos servirán para justificar un control de constitucionalidad de las leyes según se trate criterios que atienden a la participación política, a la libertad o a la igualdad sustancial.

La segunda parte del trabajo está referida al constitucionalismo social mexicano, la cual a su vez consta de dos capítulos. En el Capítulo Quinto se exponen los antecedentes constitucionales en México de los derechos sociales, así como la incorporación al texto constitucional de las principales reformas que incluyeron otros derechos sociales y el papel asumido por el Estado mexicano, principalmente, a partir de los ochentas, cuando se consolida el constitucionalismo social que inició en 1917.

En un segundo plano, se presentan las dificultades analizadas antes pero ahora en el contexto de mi país con el fin de determinar el valor y la posición constitucional de los derechos sociales así como los problemas entre los órganos públicos que se derivan de la puesta en marcha de estos derechos.

En el Capítulo Sexto se efectúa una breve exposición sobre el sistema de control constitucional de las leyes en México, con el fin de señalar cuáles de los medios previstos en el ordenamiento constitucional pueden ayudar a proteger los derechos sociales. Una vez realizado el análisis se hace una adecuación de los argumentos que se basan en la participación política, en la libertad o en la igualdad a fin de considerar su posible adecuación al contexto mexicano. Así, esbozaremos algunas opiniones pretendiendo enlazar los resultados obtenidos de los primeros capítulos con el tratamiento que hemos dado a los dos últimos, principalmente, lo que atañe a la Constitución de 1917 y a los medios para hacer efectivos los postulados sociales.

Descrita así la estructura de este trabajo queda por señalar las fuentes empleadas en su elaboración. Principalmente, se revisó el estado de la cuestión en la doctrina constitucional española referida a los derechos sociales en cuanto a su justificación, orígenes y contenidos, desde la perspectiva de la dogmática como de la experiencia jurisprudencial que a lo largo de estos años han conformado la teoría de los derechos sociales por el Tribunal Constitucional en España. También se revisó el estado de la cuestión en la doctrina más autorizada de otros países europeos como Alemania, Italia y, en menor grado, Portugal, sobre todo en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes.

En América, se revisaron los debates en relación con los derechos derivados del Estado de Bienestar y la posición del Tribunal Supremo al respecto. Se consultaron también algunas referencias de los sistemas jurídicos de Argentina y Colombia, las cuales sirvieron de apoyo a este trabajo en cuanto a evidenciar los pasos que han dado en una búsqueda por lograr mayores grados de protección a los derechos fundamentales.

Particularmente, en México, se ha pasado revista a la doctrina jurídica constitucional sobre el origen y desarrollo de los derechos sociales así como lo relacionado con el sistema de control de constitucionalidad adoptado por nuestro país, particularmente, con el juicio de amparo y las reformas de 1988 y

1994 a la Constitución mexicana que consolidaron el sistema de control de la constitucionalidad dando mayores facultades de Tribunal constitucional al máximo órgano judicial del país.

Lo arriba señalado, junto con otros aspectos que se irán viendo es lo que ofrece el trabajo que ahora se presenta.

—

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES**

#### **A. Configuración jurídica de los derechos sociales**

##### **1. Noción de derechos sociales**

El propósito del presente capítulo no es otro sino el de detenernos a considerar un hecho evidente: uno de los logros más relevantes del constitucionalismo del siglo pasado está representado por la inclusión en las constituciones de los llamados derechos sociales.

Son innumerables los elementos de carácter social, económico, cultural y político que influyen en el largo camino recorrido por la humanidad con el afán de realizar los más anhelados valores del hombre. La historia recoge tales afanes y da cuenta de los sistemas y procedimientos puestos en marcha por el hombre. Algunos de ellos han dado sus frutos y otros presentan hoy en día desafiantes retos para el logro de los fines del Estado.

Es el caso del constitucionalismo social. Uno de los temas que ha venido siendo objeto de atención de los constitucionalistas en las últimas décadas. La razón es simple, las aspiraciones de libertad, igualdad y justicia siguen presentes en la memoria de los pueblos y por ello, se aventuran a la búsqueda de nuevas fórmulas que permitan la consecución de tan preciados bienes.

Los fines del constitucionalismo social no son sino la protección de ciertos bienes que representan para el ser humano el reconocimiento de derechos que aseguren condiciones mínimas de bienestar así como la protección de los menos favorecidos en la sociedad. Para ello, los derechos sociales reúnen tales anhelos al proteger la vida, la salud, la vivienda, las condiciones del trabajo y la seguridad social, en general, los derechos que pretenden lograr mayores grados de igualdad material. En suma, es acepción común el reconocimiento de todas aquellas aspiraciones de justicia social para asegurar un núcleo mínimo de bienestar.

En tal sentido, podemos inicialmente señalar que se entenderá por derechos sociales aquellos contenidos constitucionales que establecen el reconocimiento de ciertos derechos que, en algunos casos, asumen la forma

de prestaciones a cargo del Estado y, la aceptación del valor de igualdad como finalidad. Básicamente, decimos que los derechos sociales se constituyen para garantizar ciertas condiciones de bienestar para la población.

A pesar de la terminología confusa y heterogénea que rodea este grupo de contenidos hemos optado por llamarlos inicialmente “derechos sociales” debido al componente que les caracteriza en su nacimiento y por la naturaleza de los bienes que protegen.

Por otra parte es importante advertir que si bien la lista de los bienes constitucionalmente protegidos en este grupo de derechos tampoco tiene una acepción comúnmente aceptada. Pueden incluirse en esta denominación a los derechos de índole no solamente social, sino que es habitual la inclusión de contenidos económicos, de aspectos de índole cultural e incluso de otros derechos dirigidos a materializar el principio de igualdad. Baste por ahora señalar que en este trabajo me referiré a “derechos sociales” a aquellos derechos de naturaleza prestacional destinados a proteger a los grupos social y económicamente más débiles de la población.

## 2. Antecedentes

Para el estudio de esta temática es importante partir de la siguiente consideración: ¿Cómo y cuándo surge el interés por el estudio de los derechos sociales? En efecto, se trata de una cuestión que merece ser destacada por su importancia en el surgimiento de nuevas condiciones políticas, económicas que trajeron aparejado el nacimiento del Estado Social de Derecho.

En perspectiva temporal el nacimiento de los derechos sociales se ubica en el periodo entre guerras, especialmente, es habitual ubicar el surgimiento de estos derechos a escala constitucional en los textos fundamentales de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919.

Las peculiaridades más relevantes de los antecedentes del constitucionalismo social se refieren, por un lado, al significado histórico que tienen como conquistas y triunfos frente a las insuficiencias del Estado liberal; por otro, en el campo de los contenidos significó la aparición de nuevos titulares de derechos y una enorme diversidad de expectativas a ser satisfechas por el Estado.



Sin duda, el surgimiento y evolución de estos derechos trajo consigo una nueva forma de entender la función pública y un nuevo status del ciudadano frente a los órganos del Estado. Sin embargo, la complejidad que resultó de poner en funcionamiento los derechos dio lugar a problemas derivados, en general, de los elementos económicos y presupuestarios por su difícil realización.

–

Como era de esperarse, el tema era bastante árido. Incluso, supuso el planteamiento de argumentos muy serios que llegaron a sostener que las aspiraciones constitucionales no podrían considerarse como derechos exigibles jurisdiccionalmente debido al conflicto que suponía al principio de división de poderes, la intromisión del poder menos democrático –como lo es el judicial- en la decisión de asuntos con importantes implicaciones presupuestarias. Se trata de derechos que, en todo caso, su realización compete a los órganos mayoritarios, es decir, Legislativo o Ejecutivo.

Obvia decir, que el problema tan importante como espinoso. El cumplimiento de deberes impuestos al Estado y de derechos reconocidos constitucionalmente impone por un lado, la obligación de su protección, y por otro, de la necesidad de que el Estado vele por su satisfacción como le está encomendado. La conjunción de estos dos elementos es, cuando menos, parte de la problemática que estas líneas pretenden analizar. Veamos algunas más.

### 3. Indeterminación del texto constitucional

Como es sabido, el texto constitucional presenta ambigüedades, tanto semánticas como sintácticas que propician problemas en cuanto a la interpretación y aplicación de los dispositivos constitucionales por las instancias judiciales correspondientes.

Otra característica propia de los derechos sociales constitucionales es la diversidad de tipos de normas que asumen estos derechos. Específicamente, nos encontramos con normas de principios o valores constitucionales, mandatos al legislador futuro, entre otros. El ejemplo más claro de lo anterior son las disposiciones derivadas de las políticas de pleno empleo (artículo 123 constitucional mexicano), la referencia a las acciones tendientes a distribución de la riqueza (artículo 25 de la Constitución Mexicana).

Tal y como se verá en su oportunidad esta singularidad no es propia de las cláusulas constitucionales de índole social o económica sino que está presente en otros dispositivos del texto fundamental. En efecto, creo que en materia de derechos y libertades fundamentales es visible la abundancia de expresiones vagas e indefinidas que hacen controvertida la cuestión referida a la falta de cumplimiento de los derechos sociales.

Otra fuente de indeterminación que presentan los derechos sociales es provocada por la existencia de la común idea de que existen diferencias radicales entre los llamados derechos individuales y los derechos sociales. Esta creencia ha provocado que se les otorgue un tratamiento también muy diferente, lo cual no siempre es así.

Sobre todo, este tratamiento diferente conlleva implicaciones no sólo desde la doctrina jurídica sino en el ámbito operativo, ya que los jueces consideran que dichos derechos se encuentran fuera de lo jurídicamente exigible por diversos motivos, como por ejemplo, por tratarse de cuestiones políticas a ser decididas por las ramas mayoritarias del poder. Esto es relevante para lo que aquí nos ocupa, ya que en tanto en la práctica como en la teoría jurídica, la indeterminación constitucional de estos derechos deriva en la auto-limitación de los jueces hacia una deferencia legislativa.

En efecto, este tipo de situaciones resultan especialmente relevantes, dado que nos permiten advertir de qué modo, en la práctica jurídica, los derechos sociales terminan adquiriendo un carácter meramente declarativo, como si representasen, en verdad, formas constitucionales vacías.

Lo anterior ha llevado a proyecciones que forman un mosaico de posibles soluciones a esta problemática. Se habla de asimilar ambos tipos de derechos, se adjudica más y mayor responsabilidad a los órganos del Estado, especialmente al Ejecutivo y al Legislativo, se plantean iniciativas desde la sociedad civil y una posible teoría de colaboración entre órganos.

Pero, de entre esta variedad de respuestas, existe un planteamiento que, atribuye al órgano judicial a través del control de constitucionalidad la viabilidad de encarar la función protectora de los postulados sociales. La simple enunciación de que sea el órgano jurisdiccional el que haga efectivos estos derechos ha abierto el debate académico a varias lecturas que merecen no ser desdeñadas.

Elaborar una teoría que niegue las diferencias de fondo entre los derechos y determine que los derechos de índole social y económica deben considerarse tan exigibles como los liberales, representa una de las posiciones más ideales que se pueden plantear en esta discusión y resume una de las características que más preocupa de estos derechos: la falta de eficacia jurídica.

## B. Estado actual en torno al tema de la protección de los derechos sociales.

### 1. Garantías y derechos sociales

Con los riesgos que imponen las generalizaciones, puede decirse que la causa principal de la devaluación jurídica de los derechos sociales reside en que no disponen de las garantías de protección adecuadas. Concretamente, me refiero a las dificultades que se presentan para incorporarlos al sistema de garantías previsto para los derechos individuales y políticos.

Básicamente, estos derechos no son susceptibles del recurso de amparo y, además, su defensa ante la jurisdicción ordinaria no es directa sino que depende de lo establecido por la legislación. De ahí que sea común escuchar que los derechos sociales, en estricto sentido, carecen de la acción procesal que les impide considerarlos como derechos auténticos o exigibles.

A mi juicio, es cierto que el sistema de garantías previsto para la protección de los derechos individuales es hasta ahora el único mecanismo, de suma importancia, que se establece para preservar los derechos establecidos en el texto fundamental. Y es cierto también de las dificultades al momento de operacionalizar los derechos sociales a través de estos mecanismos.

Ahora bien, la interpretación constitucional nos ofrece otras lecturas acerca de la justiciabilidad de estos derechos que conviene sean valoradas para su eventual puesta en marcha.

Me refiero a aquellas tesis que señalan que la operatividad de estos derechos puede venir por el camino del control de constitucionalidad. Básicamente, las propuestas se encaminan a señalar al recurso o cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo en situaciones concretas de vulneración de derechos tutelados por la legislación.

Creo que este aspecto de justiciabilidad que ofrecen los derechos sociales pone de relieve la operatividad en el ámbito jurisdiccional admite otras posibilidades que no deben ser ignoradas.

## 2. La interpretación constitucional y la justiciabilidad de los derechos sociales.

Ciertamente, existen recelos en relación con el papel activo que sumiría el juez constitucional al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, sobre todo, si consideramos el riesgo de la invasión de competencias legislativas. Sin duda, el argumento contramayoritario se aplica aquí en toda su plenitud, y si se trata de decidir sobre cuestiones de índole económica la intromisión se hace más patente.

Algunas de las tesis que han pretendido paliar esta importante objeción han señalado que la función del juez constitucional sería la de actuar como un árbitro que se encargue de verificar que los canales del proceso de participación hayan dado oportunidad para lograr el acuerdo en las decisiones que afecten los intereses tanto de la mayoría como de las minorías parlamentarias.

Desde otro ámbito, se ha sugerido que el juez debe verificar por medio del control de constitucionalidad el respeto por un núcleo de derechos mínimos o que aseguren un mínimo de bienestar, alejados se ha dicho, del debate político.

En países donde la democracia ha optado libremente en favor de una declaración de derechos y de la posibilidad de examen judicial de la legislación no se encuentran muy a gusto los principios contradictorios de justicia y democracia mayoritaria. Sabemos que el control judicial en una democracia constitucional constituye uno, sino el primero, de los problemas que afronta la teoría constitucional.

No obstante, resulta revelador que los intentos para lograr dar cumplimiento a estos derechos reflejen esta preocupación. Ya que la ausencia de garantías adecuadas debe ser interpretada como una laguna a suplir por el legislador. En tal sentido, se hacen patentes los esfuerzos jurisprudenciales que nutren el debate democrático en torno a la necesidad de que los derechos sociales se conviertan en auténticos derechos.

De ahí que el propósito de estas breves reflexiones es discutir la pretendida eficacia jurídica de los derechos sociales. Para ello voy a tratar de presentar algunos de los argumentos que se han ofrecido para objetar la virtualidad jurídica de los derechos sociales. Desde luego, el análisis de este tipo no agota la problemática de estos derechos. Al contrario, pone de manifiesto la complejidad de la cuestión. Así, para resolver estos casos se hace necesario analizar las doctrinas que establezcan cuál es la interpretación más adecuada que debe darse a estas fórmulas constitucionales.

Las propuestas que me interesa discutir aquí se refieren solamente a elaboraciones desde la jurisdicción constitucional, es decir, que plantean como una actividad del juez constitucional. Pero estas sugerencias no determinan los contenidos de las decisiones. Para fijar las decisiones es necesario auxiliarnos de la historia y la actualidad de la teoría constitucional que tratan de señalarnos cómo se entienden cada uno de estos derechos en un contexto determinado.

Para acometer tal objetivo, en los próximos capítulos voy a exponer, en primer lugar el origen y evolución del constitucionalismo social, para derivar de este desarrollo las principales dificultades que se han esgrimido para considerar a los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales. Tras rechazar estas tesis, voy a exponer las propuestas que a partir de la jurisdicción constitucional ofrecen protección efectiva a los derechos sociales basándose en los criterios de la democracia participativa, de la libertad y de la igualdad, así como otros cauces de salvaguardia que se han elaborado en la jurisprudencia constitucional europea.

En este orden de ideas, voy a tratar de aplicar estas tesis al escenario mexicano y, de ser posible, construir una tesis a favor del control de constitucionalidad que sea sensible a la protección de los derechos sociales en el sistema constitucional mexicano.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES**

#### **A. Introducción**

-

Las formas de plasmación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, o los llamados “derechos sociales”, son de variada manufactura tanto desde una perspectiva temporal como geográfica. En este sentido, se puede hablar de un constitucionalismo social primario surgido del periodo de entreguerras hasta las creaciones del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, aunque los cambios sobrevenidos no presentan grandes transformaciones sobre la estructura de los derechos sociales, sí conllevan una problemática compleja respecto a su puesta en marcha.

Por tanto, el objetivo de este capítulo es poner de relieve la importancia de los diversos cambios producidos en el constitucionalismo social desde sus orígenes hasta nuestros días. A fin de entender el significativo papel que hoy en día juegan estos derechos en el constitucionalismo democrático, se planteará la evolución y el desarrollo progresivo del fenómeno de las cláusulas sociales en los textos constitucionales.

Conviene trazar la ruta seguir. En primer lugar, brevemente se presentan los antecedentes históricos de la inserción de los derechos sociales en las constituciones. Orígenes que dieron pie a lo que actualmente conocemos como “constitucionalismo social”. Enseguida, se sintetiza la evolución, en perspectiva histórica y geográfica, de dicho movimiento constitucional a partir del periodo de entreguerras hasta las manifestaciones tardías de este constitucionalismo. Finalmente, y a partir del camino trazado, se señala la situación actual de los derechos sociales con el propósito de evaluar la posibilidad de hablar de una supuesta “crisis de los derechos sociales” referida, sobre todo, a su eficacia jurídica.

#### **B. Los orígenes constitucionales de los derechos sociales**

##### **1. El constitucionalismo francés (1789-1795)**

El periodo comprendido desde el nacimiento del constitucionalismo contemporáneo a partir de la Revolución Francesa hasta las primeras manifestaciones de constitucionalismo social al terminar la Primera Guerra Mundial ha sido considerado por la doctrina como los inicios del constitucionalismo social.

A partir de estos orígenes, la idea social se encuentra presente en dos momentos significativos de la historia del pueblo francés. El primero, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, el segundo, desde el punto de vista del ámbito constitucional, está simbolizado en los textos jurídicos supremos del periodo revolucionario: 1791, 1793 y 1795.

La Declaración de 1789 refleja, sin duda, que la mayor preocupación de la Asamblea Nacional era dotarse de una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano frente al poder político. Sin pretender un análisis exhaustivo de la misma, conviene remarcar que en el texto de la Declaración se destacan algunas referencias que aluden a la preocupación “social” de los constituyentes franceses. Pérez Ayala, por ejemplo, se refiere a las cuestiones relativas al reparto de las cargas distributivas (Art. 13) y a la propiedad (Art. 17). Estos postulados contienen elementos que introducen una dimensión social, en el ámbito de lo individual.<sup>1</sup>

Así, el artículo 13 incide en el aspecto económico de los contribuyentes al establecer el criterio distributivo de la carga contributiva. Esto significa que las contribuciones serán repartidas igualmente entre todos los ciudadanos de acuerdo con sus posibilidades. Respecto al artículo 17, relativo a la propiedad, si bien es cierto que su inclusión en el campo de los derechos sociales suscita polémica, también lo es que la consagración de este “derecho sagrado e inviolable” sufre una excepción que no puede ser pasada por alto desde la perspectiva social: la Declaración francesa permite la posibilidad de expropiación “cuando lo exija la necesidad pública” y mediante indemnización. Esta limitación revela, sin duda, la facultad de intervención del poder político,

---

<sup>1</sup> Véase PÉREZ AYALA, Andoni, “Los orígenes del Constitucionalismo Social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa”, en García Herrera, Miguel A., (Dir.), *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*, Servicios Editoriales Universidad del País Vasco, 1997, p. 337. En el mismo sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su génesis y su concepto”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 22.

es decir, podrá intervenir positivamente para regular la propiedad en aras de un interés público -en contraposición de interés privado-. Esto es indicativo de dos concepciones novedosas a la época: el papel activo del Estado y la idea de interés público.

Por su parte, el texto constitucional de 3 de septiembre de 1791,<sup>2</sup> así como el de 1793, incorpora en sus disposiciones obligaciones positivas del Estado de marcado carácter social en lo relativo a la instrucción pública y a la asistencia social. La instrucción pública se expresa en términos de universalidad y su organización y funcionamiento corresponde al Estado.<sup>3</sup>

En la Constitución de 1791 encontramos referencia especial a la asistencia pública<sup>4</sup> o socorros públicos<sup>5</sup>. Dicho ordenamiento señala la creación de organizaciones de beneficencia y caridad para cuidar de niños abandonados, auxiliar enfermos pobres y procurar trabajo a personas sanas.<sup>6</sup> En la disposición constitucional también puede observarse una referencia al derecho al trabajo, al establecer la obligación de proporcionar trabajo a las personas sanas.

Ahora bien, a pesar de las relevantes disposiciones del ordenamiento de 1791, el texto jacobino de 24 de junio de 1793 ha sido considerado como la formulación más antigua de lo que se conoce ahora como derechos sociales.<sup>7</sup>

Si bien no tuvo vigencia efectiva debido a la situación de conflicto que se vivía en París, la Constitución de 1793 es emblemática básicamente por dos importantes motivos. Por un lado, representa la confirmación en el plano jurídico-constitucional de un movimiento revolucionario que reafirmaba la

<sup>2</sup> Esta Constitución se aprobó tras largos meses de discusión por la Asamblea Nacional y no fue hasta el 5 de agosto de 1791 cuando se procedió a dar lectura al proyecto de Constitución.

<sup>3</sup> El texto dice así: "Será creada y organizada una instrucción pública, común a todos los ciudadanos, gratuita por lo que respecta a los períodos de la enseñanza indispensables para todos los hombres y cuyos establecimientos serán distribuidos gradualmente de acuerdo con la división del Reino", Cit. por PÉREZ AYALA, A., cit., p. 337.

<sup>4</sup> PECES-BARBA, G., cit., p. 23

<sup>5</sup> PÉREZ AYALA, A., cit., p. 338. El autor utiliza este término a fin de respetar el lenguaje de la época.

<sup>6</sup> Las palabras exactas de la disposición que comentamos son: "Será creado y organizado un establecimiento general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, auxiliar a los pobres enfermizos y proveer de trabajo a los pobres sanos que no hayan podido procurárselo." (El subrayado es nuestro)

<sup>7</sup> En este sentido: RODRÍGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los Derechos Sociales en la Constitución Abierta*, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 13; también PÉREZ AYALA, A., cit., p. 338.



centralidad del Parlamento.<sup>8</sup> Y por otro lado, concretamente en el terreno constitucional, está presente la idea social en los constituyentes franceses sobre todo, es notable la influencia de Robespierre y de Saint Just en la redacción del proyecto de Constitución de 1793.<sup>9</sup>

En concreto, el documento de 1791 hace referencia, al igual que el texto de 1793, a la propiedad y expropiación (Art. 19) y a la utilidad general de las cargas contributivas (Art. 20). Especial mención merece lo relativo a la asistencia social, el trabajo y la instrucción pública. Se afirma que la sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos menos favorecidos, procurándoles trabajo o asegurando la salvaguardia de aquellos que no estén en posibilidades de trabajar. Así mismo, por una parte considera a la instrucción “una necesidad de todos” y, por otra, establece la obligación del Estado de dicha instrucción quede al alcance de los ciudadanos (Art. 21).<sup>10</sup>

De lo anterior se deduce que esta Constitución plasmó una serie de contenidos económicos y sociales que se traducen en acciones exigibles al Estado. En este sentido, el documento de 1793 tiene una clara vocación social que si bien, no contiene las grandes formulaciones que se dieron en la segunda década del siglo XX, sí abre camino a los derechos sociales.

Historia aparte merece el texto de la Constitución de 1795<sup>11</sup>. Se cierra el periodo revolucionario y con él las manifestaciones de tipo social. Los términos del texto constitucional de 1795 contrastan fuertemente con sus predecesores, no sólo los términos en que se concibe la propiedad son distintos de los proclamados en los textos de 1791 y 1793, sino que además, el derecho al trabajo y la asistencia social desaparecen del texto constitucional.

8 Ver BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 200; también GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, p. 466 quien se refiere a la Constitución francesa de 1793 como un ejemplo de Constitución Democrática.

9 MIRKINE-GUETZEVICH, Boris, *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*, Traducción de Sabino Álvarez Gedín, Reus, Madrid, 1934, p. .. Al respecto, el autor afirma que “los derechos sociales no eran extraños en la conciencia jurídica de los hombres de la Revolución Francesa” y que el proyecto de Romme a la Convención (1793) habla de “derechos sociales”. Incluso, reafirma su comentario al poner de manifiesto que la Declaración de 1793 incorporó en el art. 1 el concepto de “bienestar común”. En consecuencia, esto indica que la idea social se halla presente en los constituyentes del periodo revolucionario francés.

10 Ver RODRIGUEZ OLVERA, O., cit., pp. 13-14.

11 Este texto surge como la lógica reacción frente a los excesos del régimen del “terror” imperante en Francia durante el periodo de la república jacobina.

## 2. La II República Francesa (1848)

Como consecuencia de la revolución industrial y de las nuevas condiciones de trabajo, el siglo XIX trajo consigo la afirmación de principios de justicia social que fueron ganando cada vez mayor terreno. Es el caso del texto constitucional francés de la II República aprobado el 4 de noviembre de 1848.

Esta Constitución, aunque efímera,<sup>12</sup> incorporó de forma más explícita algunos de los actuales derechos sociales. Así, en el capítulo II es de destacarse, al lado de las tradicionales libertades, el papel activo del Estado en materias de instrucción, asistencia y reparto de trabajo entre los individuos.

La alta valoración que este texto ha recibido en la historia del constitucionalismo, sin duda, no es gratuita. En él se reproducen las formulaciones con marcada tendencia social, como el reconocimiento del derecho de propiedad y la posibilidad de expropiación por causa de utilidad pública, así como lo relativo a la carga distributiva en el mismo sentido que los textos de 1791 y 1793.

Pero, probablemente, la aportación más significativa de este texto la podemos encontrar en el numeral 13. Dicho precepto esboza lo que más tarde sería el principio de protección del trabajo. En efecto, el numeral en cuestión establecía la libertad de trabajo y de industria, y se hacía además, referencia a todo un abanico de tópicos, no solamente relacionados con el trabajo, sino también con las instituciones sociales: a) el desarrollo del trabajo mediante la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional; b) la igualdad de relaciones entre patrón y obrero; c) las instituciones de previsión y de crédito; d) las instituciones agrícolas; e) las asociaciones voluntarias; f) el establecimiento por el Estado de trabajos públicos aptos para el empleo de los desocupados; g) asistencia a niños abandonados, a los enfermos y ancianos sin recursos o que sus familias no pueden socorrer.<sup>13</sup>

La breve vigencia del texto de 1848 no es óbice para decir que constituye un antecedente legítimo de lo que sería la formulación constitucional de los derechos sociales años en América y Europa.

Sin embargo, es preciso señalar que, durante la revolución industrial, unos años antes de la Constitución francesa de 1848, aparece con fuerza la

---

<sup>12</sup> Del 4 de noviembre de 1848 al 2 de diciembre de 1951 cuando se produjo el golpe de Estado

cuestión social. La búsqueda por transformar las estructuras sociales, económicas y políticas condujo a presionar a los órganos del poder a través de tres instrumentos políticos importantes: el sufragio, el derecho de sindicación y la huelga.<sup>14</sup>

Sin duda, el paso previo hacia los derechos sociales perfilados en el siglo XX será la modificación de esa realidad social propiciada por el desarrollo industrial donde la clase trabajadora emerge como nueva protagonista. Por eso, a nadie es extraño que sea en la legislación laboral donde se tenga un claro ejemplo de lo anterior.

Así, en 1802 se darán en Gran Bretaña las primeras restricciones en materia laboral. Principalmente, respecto al trabajo de los niños en fábricas de algodón.<sup>15</sup> Seguidamente, entre los años 1817 y 1850, se verán importantes desarrollos legislativos en los cuales se protegía, esencialmente, el trabajo de mujeres y niños en las fábricas y minas.<sup>16</sup> Estas incursiones en el ámbito de protección al trabajo, a pesar de no ser consideradas por algunos como precursoras de los derechos sociales, sin duda prepararon el trabajo para su posterior incorporación a las constituciones.<sup>17</sup>

En Alemania, por ejemplo, la política social de Bismarck se inspiraba en la reivindicación de una mayor igualdad y justicia social entre las clases sociales. Lo que dio origen a una actividad legislativa que abordaría temas

<sup>13</sup> Texto completo del artículo puede verse en PÉREZ AYALA, A., cit., p. 341.

<sup>14</sup> Algunos autores como por ejemplo, el profesor Peces-Barba considera que el reconocimiento de los derechos políticos, especialmente, el derecho de asociación y el sufragio universal, fueron el impulso imprescindible para la consolidación de los derechos sociales. Ver PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 160 y ss.

<sup>15</sup> Nos referimos a la "Health and Morals Act to Regulate the Labor of Bound Children in Cotton Factories", Cit. por LÓPEZ GUERRA, Luis, "Las dimensiones del Estado Social de Derecho", en *Sistema*, núm. 38, 1980, p. 177.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en 1842 se regulaba el trabajo en las minas (Mines Act) así como otras leyes que establecían condiciones de trabajo, honorarios laborales, descanso semanal, etc. Esta legislación fue imitada en Francia, Alemania y Austria. Ver al respecto, PECES-BARBA, M., Gregorio, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su génesis y su concepto", cit., p. 22. También en VANOSSI, Jorge R., "Las cláusulas económicas y sociales de las Constituciones", en *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987, p. 355 y en LÓPEZ GUERRA, L., cit., pp. 177-178.

<sup>17</sup> Cfr. Contreras, al igual que Marshall, sostienen que las medidas introducidas en Gran Bretaña por normas como la Ley de Pobres los Decretos sobre Fábricas (Factory Acts) no pueden ser señaladas como antecedentes del constitucionalismo social que hoy conocemos, pues estas leyes fueron diseñadas para sectores de la población (como mujeres, niños, desvalidos) que eran considerados como no-ciudadanos. Ver CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 42.

como seguro de enfermedad (1883); seguro de accidentes (1885); y seguro de vejez e invalidez (1889).<sup>18</sup>

En consecuencia, puede decirse que estos cambios producidos en la legislación laboral vaticinaron lo que conduciría a una lenta pero profunda transformación en la naturaleza y funciones del Estado. Asistiríamos a la intervención en la vida económica y social, principalmente en aspectos como la educación, trabajo, mejores condiciones de vida, etc. Esta peculiar combinación de circunstancias dará por resultado la idea del nuevo tipo de Estado, el Social, que va gestándose desde finales del siglo XIX.

### C. El constitucionalismo social

#### 1. Antecedentes

El contexto mundial que presenciamos en este momento no es sino aquel que surge del movimiento industrial; de las necesidades de la clase trabajadora; y de los cambios en la economía y en las relaciones sociales. Estas circunstancias y otras que contribuyeron, dieron sus frutos a principios del siglo XX, especialmente después de la Primera Guerra Mundial en pro de una propuesta muy concreta: el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales cuya realización exigía la intervención de la organización estatal.

Se puede decir, por tanto, que la historia del siglo XIX es la historia de las reivindicaciones contra la opresión y las injusticias sociales que, tras pasar por una guerra mundial, concluyó en un proceso de suma importancia para nuestro estudio: el paso del Estado Liberal al Estado Social. Sin duda, no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que esta idea se consolidó como forma de organizar la vida política y social de las sociedades.

Sin embargo, como reconocen los estudiosos de la teoría política, las bases de esta nueva concepción del Estado se remontan a un periodo que va del siglo XIX hasta principios del siguiente. El siglo XX tuvo como protagonistas

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas de Bienestar. Un estudio de los derechos sociales*, Tecnos-Universidad de La Rioja, 1998, p. 33. Para el autor, es posible decir que las medidas tomadas por Bismarck constituyen, de hecho, la creación de primitivos sistemas de protección social que, en realidad, no son sino concretos mecanismos de realización de los derechos sociales que serán plenamente desarrollados en el siglo posterior.

principales los acontecimientos propiciados por el movimiento obrero, la Primera Guerra Mundial, la crisis económica, etc.

Suele citarse como precursor de la idea del Estado social a Lorenz von Stein, quien escribiría hacia 1850 que había terminado la época de las revoluciones y reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales.<sup>19</sup>

Este autor precisaba que las formas políticas del futuro serían la monarquía social o bien, la democracia social. Desde el punto de vista constitucional, esta última se caracteriza por el sufragio universal y, desde el punto de vista administrativo por su orientación hacia la neutralización de las desigualdades sociales.

Dentro de la historia de la idea de Estado social deben mencionarse también ciertas tendencias del pensamiento socialdemócrata clásico, iniciadas por Lasalle y Blanc<sup>20</sup> proseguidas por las direcciones marxistas revisionistas. El escenario ideológico de esta época es, por tanto, idóneo para el surgimiento de las primeras ideas inspiradoras de lo que más tarde sería el Estado Social.

En líneas generales es posible decir que estas ideas coinciden en señalar varios aspectos relevantes a la conformación del Estado Social: la crítica al orden burgués establecido; las exigencias de la clase obrera; y el reclamo de un papel intervencionista del Estado para llevar a cabo esta reforma social y política.

A reserva de volver sobre este punto más tarde, podemos decir que la formulación más concreta de la idea del Estado Social la encontramos posteriormente en Hermann Heller. El autor alemán afirmaba entonces que la solución no era renunciar al Estado de Derecho, sino realizar, dentro de su marco, un nuevo orden económico y social para la distribución de bienes. Todo ello con el objetivo de alcanzar la consagración de nuevos derechos fundamentales que protegieran y sustentaran tales políticas. Estos derechos se

---

<sup>19</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 15.

<sup>20</sup> Las ideas intervencionistas o la defensa del establecimiento de medidas de protección social encuentran su formulación en pensadores como Ferdinand Lasalle, quien proponía medidas equilibradoras para incorporar a la clase obrera a la sociedad a través de un pacto reflejado en la Constitución. Sus propuestas fueron más tarde realizadas por Bismarck. Louis Blanc, por su parte, propuso la creación de un Ministerio de Progreso que supervisase las relaciones

verán mas tarde cristalizados con el establecimiento del Estado Social de Derecho.<sup>21</sup>

Retomemos el contexto social y económico planteado por el siglo XIX, para ver cómo estos hechos dieron fundamento a los textos mexicano y alemán que constituyen los primeros esfuerzos por reconocer los derechos sociales en sede constitucional.

## 2. Los textos constitucionales fundadores

### 2.1 La Constitución de Querétaro

#### 2.1.1 Las condiciones del debate en el constituyente mexicano

Con base en los anteriormente referidos acontecimientos sociales y políticos así como por los antecedentes legales, la Constitución Mexicana de 1917<sup>22</sup> dio origen al primer texto constitucional que estableció los derechos sociales, inaugurándose con ello, el hoy llamado “constitucionalismo social.”

El texto de Querétaro, vigente a la fecha,<sup>23</sup> es el resultado del movimiento revolucionario iniciado en 1910<sup>24</sup> donde los principales protagonistas fueron los sectores obrero y campesino que conformaban la mayoría de la sociedad mexicana. La lucha armada estuvo acentuada por los reclamos obreros provocados por las injusticias y desigualdades existentes durante el régimen

---

laborales, así como la constitución de una estructura estatal y la formación de talleres sociales que benefician a los trabajadores.

<sup>21</sup> En este sentido, PECES-BARBA, G., cit., pp.23-24; también MARTÍNEZ DE PISÓN, J., cit., p.39

<sup>22</sup> Sobre el inicio de la vigencia del texto mexicano, puede verse el artículo 1º Transitorio que dice: "Esta Constitución se publicará desde luego y con la mayor solemnidad se protestará guardarla y hacerla guardar en toda la República; ... no comenzará a regir sino desde el día 1 de mayo de 1917, en cuya fecha deberá instalarse solemnemente el Congreso Constitucional ...".

<sup>23</sup> Es necesario aclarar que, a pesar de que el texto constitucional mexicano de 1917 continúa vigente, también es de tomarse en cuenta el dato que a la fecha, el documento original ha sido modificado en más de 500 ocasiones.

<sup>24</sup> Respecto al tema de la revolución mexicana ver el interesante estudio de MOLINA ENRÍQUEZ, A., *La revolución agraria de México, 1910-1920*, UNAM-Miguel A. Porrúa, México, 1986. Respecto a las repercusiones de la revolución y los orígenes de los derechos sociales pueden consultarse a: TRUEBA URBINA, Alberto, *La Primera Constitución Político-Social*, Porrúa, México, 1971; SAYEG HELÚ, Jorge, *El Constitucionalismo social mexicano*, FCE, México, 1987, especialmente, tomo I; ROUAIX, Pastor, *Génesis de los arts. 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, PRI, México, 1984; NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1988; PALACIOS ALCOCER, Mariano, *El regimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*, UNAM, México, 1995.

(calificado de "dictatorial") del Presidente Porfirio Díaz, que se prolongó por más de treinta años (1876-1911).

Durante el gobierno de Díaz se favoreció a la minoría conformada por la clase privilegiada y se dio entrada al capital extranjero que empleaba mano de obra barata y sin ningún tipo de prestaciones ni seguridad laborales.

Condiciones de explotación, miseria e injusticias propiciaron un clima de descontento y reclamo que echó raíces en el movimiento que protagonizaron los trabajadores de las fábricas de Cananea<sup>25</sup> y Río Blanco<sup>26</sup> exigiendo mejoras en las condiciones de trabajo, reducción de la jornada diaria, prestaciones de seguridad e higiene en el trabajo, así como el derecho a asociarse para la defensa de sus intereses.

En regiones del sur del país, menos industrializadas pero con gran actividad agrícola, los campesinos se levantaron en armas bajo la bandera de "Tierra y Libertad." Este lema resume en forma significativa las exigencias por acabar con los regímenes latifundistas que cubrían gran parte del territorio del país. Estos movimientos exigían, además del reparto de la tierra, que la propiedad de las mismas dejara de estar en manos privadas extranjeras y pasara a los campesinos, pues representaba la única forma que tenían para producir ingresos y autoabastecerse.

Un breve repaso del contexto previo a este momento puede darnos una idea clara de cómo se fueron gestando las ideas de justicia social en la nación mexicana que culminaron en 1921 con el triunfo de la Revolución.

---

<sup>25</sup> Cananea es una ciudad del Estado de Sonora, en la frontera norte del país. El movimiento de los trabajadores surgió en 1906 a raíz de las exigencias de éstos por aumentar los salarios, que eran muy bajos, así como mejorar las condiciones de empleo. La fábrica dedicada a la extracción de minerales fue concedida por el presidente Díaz al norteamericano Green. El Presidente Díaz otorga su apoyo al empresario con la intención de atraer inversión extranjera con mano de obra barata y traer infraestructura al país, por lo que, al levantarse el movimiento obrero reclamando mejores condiciones de trabajo ordena la matanza de los obreros con la ayuda de tropas estadounidenses. Vid. CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*. México, UNAM, 2000.

<sup>26</sup> Río Blanco, es una ciudad de Veracruz a orillas del Golfo de México. En 1907 los trabajadores de esta fábrica textil se unen para defender sus derechos laborales gracias a las influencias que tuvieron de Estados Unidos y Europa para asociarse en sindicatos. Se presenta la misma situación, el presidente Díaz apoya a los empresarios extranjeros y ordena la matanza de los huelguistas el 7 de febrero de 1907. Ver CARPIZO, J., cit.

La Constitución vigente en aquella época, del 5 de febrero de 1857, surge a raíz del triunfo del partido liberal tras las once reelecciones presidenciales de Antonio López de Santa Ana.<sup>27</sup>

De marcada influencia liberal, principalmente de la ideología que animó la revolución francesa y de los postulados de la Constitución norteamericana. El texto de 1857 proclamaba los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales (art. 1). A pesar de no consignar expresamente los derechos sociales, el ordenamiento garantiza la libertad de trabajo; se refiere a los contratos de trabajo, de obras y de aprendizaje (arts. 32 y 33) y a la libertad de reunión y asociación.<sup>28</sup> Se proclamaban también la libertad, la igualdad, el sufragio y algunas garantías procesales como el debido proceso, de seguridad jurídica, y de tipo penal.

En suma, el ordenamiento superior de 1857 establecía un Estado de Derecho, bajo las formas de un Estado abstencionista, que dejaba al libre juego de las fuerzas del mercado la economía del país. Sobre todo, una marcada política de apertura a las inversiones extranjeras y la adopción de modelos económicos y políticos importados que estaban muy lejos de satisfacer las demandas de una sociedad que nítidamente dibujaba las diferencias entre la clase progresista de la gran masa desfavorecida.

Sin duda, la plataforma política presentada y el contexto social de la Constitución de 1857 favorecerían posteriormente la dictadura porfirista. Las situaciones de descontento propiciadas por los abusos a los trabajadores y campesinos desembocaron en un movimiento revolucionario que se vio nutrido de influencias europeas, principalmente de Alemania y Francia; del Manifiesto

---

<sup>27</sup> La Constitución Federal predecesora, la de 1824, estuvo en vigor hasta 1835, luego del periodo conservador y centralista de México de Santa Ana (Leyes Constitucionales de 1836 y Bases Orgánicas de 1843). En 1846 se restableció el sistema federal y con él la Constitución de 1824 mediante reformas de 1847. En 1853 Santa Ana impulsó el gobierno dictatorial hasta que en 1855 los liberales lograron derribar la dictadura y convocar un nuevo Congreso Constituyente (1856-1857) que dio origen a la Constitución de 1857. Ver SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "El primer constitucionalismo mexicano" en Soberanes F., J. L., (ed.), *El Primer Constitucionalismo Iberoamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 37.

<sup>28</sup> En la Constitución de 1857 se establecieron importantes cambios en relación con su predecesora, por ejemplo, suprime los privilegios del clero y del ejército, proclama la igualdad de todos ante la ley, nacionalización de los bienes de la iglesia, creación del registro civil y del matrimonio civil, etc. Ver TENA RAMÍREZ, Felipe, *México y sus Constituciones*, Polis, México, 1987. También CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM, México, 2000, pp. 149-150.



del Partido Liberal (1906),<sup>29</sup> de la Ley Agraria de 1915 y la gestación del movimiento ruso (1917). Elementos que resultan esenciales en la conformación social de la Constitución de 1917.

Los resultados que arrojó este movimiento armado se dieron en varios ámbitos. Por ejemplo, se observó un crecimiento en la economía del 6 por ciento anual;<sup>30</sup> surgió una clase media que vino a ocupar los cargos públicos; se institucionalizaron los partidos políticos;<sup>31</sup> se consolidó una mayor autonomía y libertad de las entidades que conforman el país y se dio impulso a una naciente democracia.

Particularmente, en lo que nos interesa, los resultados se dieron en el ámbito constitucional al introducirse las demandas obreras y campesinas representadas en los artículos 27 y 123, principalmente.

### 2.1.2. El constitucionalismo social agrario

La Constitución mexicana se elaboró en el seno de acalorados debates. Por ello, no es extraño decir que una de las características del Congreso Constituyente de 1916-1917 es su desarrollo entre el pensamiento liberal del proyecto de reformas presentado por Carranza<sup>32</sup> y el predominio de las ideas sociales que representaban las reivindicaciones propias del movimiento que dio lugar a la revolución.<sup>33</sup>

En esta tensión entre los dos modos de entender la Constitución es posible advertir cómo fueron prevaleciendo, en los distintos ámbitos de trabajo del Congreso Constituyente, los contenidos a partir de los cuales iba a llevarse a cabo la organización política y social.

---

<sup>29</sup> En este documento se precisan las normas sociales en torno al trabajo, presentadas y defendidas por el grupo obrerista y el núcleo liberal del Congreso Constituyente. Ver KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, "El Constitucionalismo Social frente a la Reforma en el Derecho del Trabajo en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto 1998, pp.404 y 405.

<sup>30</sup> HANSEN, Roger, *El Desarrollo Político Mexicano*, Tr. de Clementina Zamora, Editorial Siglo XXI, México, 1990.

<sup>31</sup> El nacimiento en 1929, del Partido de la Revolución Mexicana, que más tarde se convertiría en el Partido Revolucionario Institucional (PRI).

<sup>32</sup> Hay que hacer notar que la idea de Carranza, líder del movimiento revolucionario, no fue la de dar una nueva Constitución, sino proponer reformas a la ya existente, es decir, el ordenamiento de 1857 de corte netamente liberal.

<sup>33</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Las concepciones del Derecho en el Constituyente de 1916-1917", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm.10, UNAM, 1998, p 193 y 201.

En estos trabajos se resalta la creación jurídica del art. 27. En el precepto se hace extensa regulación sobre el régimen de propiedad. De lo dicho en relación con las causas que gestaron la lucha de 1910 se colige que el tema de la propiedad era trascendental en los debates parlamentarios. Prueba de ello son las dos posiciones que se enfrentaron al discutir el contenido del numeral 27. Por un lado, el proyecto del grupo liberal liderado por Carranza optaba por la exterminación de los latifundios a través de la expropiación y consideraba que era impropio que un artículo constitucional tuviera una regulación tan extensa, más propia de las disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, el grupo reivindicatorio señaló que no existía un criterio sobre la extensión de las disposiciones constitucionales y por tanto, el único camino para lograr el mejoramiento de las clases sociales y, particularmente, de los trabajadores y campesinos era establecer en forma pormenorizada lo concerniente al régimen de la propiedad.<sup>34</sup>

Así la discusión, se aprobó la regulación de propiedad en un extenso artículo 27 en el que se hace referencia, básicamente, a los siguientes aspectos. En primer lugar, debe resaltarse la concepción de la propiedad de la tierra al afirmar que “pertenece originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares”. De lo anterior se desprende el carácter derivado que representa la propiedad para los particulares y, en consecuencia, el carácter originario atribuible a la Nación, lo que implica el otorgamiento de amplios poderes de intervención a los poderes públicos.

Un segundo aspecto a señalar consiste en la reproducción de la tradicional fórmula de la expropiación por causa de utilidad pública mediante indemnización<sup>35</sup>. Para ello, se explicita el derecho que tiene la “Nación” de

---

<sup>34</sup> De hecho, un aspecto que ilustra esta posición puede apreciarse en los debates de la sesión del 16 de diciembre, cuando a propósito del art. 3o., el diputado González Torres señaló: “¿por qué no hemos de ser los primeros que presentaremos una Constitución en cierta forma fuera de los principios jurídicos, pero de acuerdo con las necesidades prácticas de la República?”. Al respecto ver, *Diario de los Debates*, p. 525. Cit. por COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., p. 196.

<sup>35</sup> En este aspecto, el texto constitucional comporta un derecho más amplio en favor del Estado, al señalar que “las leyes de la Federación y los estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada y de acuerdo con dichas leyes, la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente”. Establece además, que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal figure en las oficinas catastrales...”. En este caso, lo único que el particular puede alegar, sujeto a juicio

imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y para regular en beneficio social, el aprovechamiento de los recursos naturales para hacer una distribución equitativa de la riqueza y cuidar su conservación.

En tercer lugar, se destacan las actividades que los poderes públicos deben realizar para el logro de las metas sociales. Estas actividades consistieron en el fraccionamiento de los latifundios; el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola; la creación de nuevos centros de población agrícola con la dotación de las tierras y aguas que les sean necesarias; el fomento de la agricultura, ganadería y demás actividades del medio rural; la preservación y restauración del equilibrio ecológico; la promoción de las condiciones para el desarrollo rural integral para generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación en el desarrollo nacional, por citar algunas.

Un cuarto aspecto a señalar es que la disposición constitucional hace una extensa descripción de los dominios de la Nación: los recursos naturales de la plataforma continental incluyendo los yacimientos de minerales o sustancias; las aguas de los mares territoriales, aguas interiores, ríos, lagunas y sus afluentes, aguas del subsuelo, etc.; la generación de energía eléctrica y nuclear; la zona económica exclusiva a lo largo de las fronteras de playa y tierra; etc.

Una quinta precisión se refiere al establecimiento de restricciones a la capacidad para adquirir el dominio de tierras y aguas de la Nación.

En sexto lugar, el precepto declara la prohibición de latifundios en México y hace nulas las enajenaciones de tierras, aguas y montes que se hayan invadido o realizado en contravención a las leyes.

Un séptimo punto a mencionar se refiere al establecimiento de límites territoriales para la pequeña propiedad agrícola, la pequeña propiedad y la pequeña propiedad ganadera con sus equivalencias. Se instituye, además, una nueva forma de propiedad, la “social”, perteneciente a los núcleos de población a través de la figura del ejido.

Finalmente, se constitucionaliza la justicia agraria en la fracción XIX al establecer que: “el Estado dispondrá las medidas necesarias para una expedita

y honesta impartición de la justicia agraria con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad y apoyará la asesoría legal de los campesinos”.

No cabe duda, que esta larga extensión del artículo refleja la preocupación de los legisladores por resolver los problemas sociales que imperaban en relación con la propiedad. Por ello, en forma pormenorizada constitucionalizaron el asunto de la propiedad tanto en su aspecto formal (al regularizar el régimen de propiedad) como en su aspecto material (al crear las instancias tanto administrativas como judiciales para el logro de los objetivos contemplados en el texto).

Sin embargo, parece que tenían razón los legisladores que desdeñaban la extensión y contenido del artículo y proponían ajustarse a los moldes de la tradicional técnica constitucional. En años posteriores, sus argumentos han dado la razón a un régimen constitucional que acusa poca operatividad y falta de eficacia de los derechos sociales agrarios proclamados por el constituyente de 1917.

### 2.1.3 Del trabajo y la previsión social

La lucha revolucionaria tuvo también entre sus filas a los trabajadores, quienes reclamaban trato igualitario y, por supuesto, mejores condiciones de trabajo.

La regulación constitucional de los derechos del trabajo y la seguridad social tuvo un proceso similar al del precepto 27. Enfrentadas las dos ideologías que animaron los debates en Querétaro se discutieron los dispositivos 5 (libertad de trabajo) y 123 (Del trabajo y previsión social). La propuesta del proyecto de Carranza señalaba retomar el contenido del 5 de la Constitución de 1857 e introducir algunas reformas concernientes a la limitación de las horas de trabajo, indemnizaciones, el trabajo de mujeres y niños, entre otros puntos.

Sin embargo, en la sesión de 26 de diciembre el diputado Lizardi presenta un alegato que es importante puntualizar. Dicho alegato señalaba que no era correcto introducir obligaciones a cargo del Estado en el capítulo de

Garantías.<sup>36</sup> Como sucedió con los artículos 27 y 30, el grupo liberal argumentaba la falta de técnica jurídica en las propuestas del grupo contrario. Finalmente, los miembros de la comisión propusieron dos artículos (5 y 123) a fin de dejar en claro las limitaciones a la libertad de trabajo (Art. 5) y las modalidades del trabajo junto con las previsiones sociales (Art. 123).

Es importante poner de relieve que en esta discusión se consolida progresivamente el carácter social del movimiento revolucionario al aprobarse, en corto tiempo, las disposiciones relativas a la protección de los trabajadores. Sin duda, el punto de vista “obrero” se había impuesto en los debates constituyentes.

En este sentido, y dada la trascendencia del tema, se destinó el Capítulo VI (Del Trabajo y de la Previsión Social) del texto constitucional para dar cabida a los contenidos del numeral 123. Al igual que el 27, el artículo 123 es extenso y pormenorizado al reconocer los “nuevos” derechos de los trabajadores. La regulación es tan puntual que de no observarse esos mínimos contemplados en el texto,<sup>37</sup> el juicio de amparo<sup>38</sup> es efectivo para remediar la infracción a la norma constitucional.

Esta particularidad es de suma importancia para el futuro de las cláusulas sociales y económicas respecto de los demás derechos. Volveremos sobre ello en otra parte, por lo pronto, dejemos nota de la aplicación directa de las disposiciones del art. 123 que constituyen, en esencia, obligaciones impuestas al empleador, y volvamos sobre el contenido del 123 constitucional.

Básicamente, el mencionado artículo detalla las relaciones laborales en el ámbito privado, aunque posteriormente se agrega lo relativo a las relaciones de los trabajadores con el sector público.<sup>39</sup> De este modo, el precepto constitucional regula la duración máxima de la jornada laboral tanto diurna

---

<sup>36</sup> Hay que apuntar que el Capítulo Primero del Título Primero de la Constitución Mexicana (se conservó igual que el texto de 1857) lleva por título “De las Garantías Individuales” y en él se refieren los derechos fundamentales (arts. 1-29).

<sup>37</sup> Se habla de unos “mínimos” pues establece que “El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:...” deja, por tanto, a la Ley Federal del Trabajo la regulación de las relaciones laborales, las cuales en todo caso, pueden ser mejoradas por los particulares o el sector público, pero en ningún caso, ser disminuidas.

<sup>38</sup> Tómese en cuenta que el juicio de amparo en México es el instrumento de garantía para la protección de las personas contra leyes o actos que vulneren sus garantías.

<sup>39</sup> Por reforma constitucional de 1960 se agregó el Apartado B, que regula las relaciones obrero-patronales pero respecto de la Administración Pública.

como nocturna, el trabajo de menores, la remuneración por el trabajo extraordinario, el descanso laboral, derechos de las mujeres embarazadas, salarios mínimos, igualdad en el trabajo, participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, salario pagado en moneda del curso legal, etc.

Se establecen también obligaciones para las empresas como las relativas a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo; el cumplimiento de las leyes sobre higiene y seguridad en los centros de trabajo; el mantenimiento de medidas para prevenir accidentes y, en su caso, la indemnización correspondiente en caso de accidentes de trabajo.

Por otra parte, se reconocen los derechos de sindicación y de huelga (trabajadores) y de paro (patronos). Se establece un órgano tripartita (un representante por cada sector: obrero, patronal y gobierno) para dirimir las controversias entre éstos (Junta de Conciliación y Arbitraje).

Por lo que se refiere a la terminación de la relación laboral, señala que cuando el despido es sin causa justificada, el trabajador puede optar por el reingreso o indemnización. También contempla la creación del servicio gratuito de colocación para los trabajadores.

Finalmente, pero no menos importante, el precepto en cuestión prevé la elaboración de la Ley del Seguro Social. En ella se comprenderá lo relativo a los seguros de invalidez, vejez, de vida, de cesación voluntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, y de cualquier otro encaminado a la protección y al bienestar de los trabajadores y sus familiares.<sup>40</sup>

En cuanto a este último punto, es importante señalar que las previsiones de índole social no gozaron, por parte de los legisladores constituyentes, del mismo tratamiento que la cuestión laboral.<sup>41</sup> Es decir, su regulación se privó de la exhaustiva pormenorización que acusa el tema del trabajo. En este sentido, el texto constitucional remite a una Ley que sería expedida por el Congreso de la Unión<sup>42</sup> sobre las bases de seguridad social que ahí se contienen.

---

<sup>40</sup> Siendo tan extenso el contenido del art.123, me veo obligada a remitir al lector al texto íntegro del artículo en comento, a cuya lectura invito para constatar la pormenorizada y completa regulación de que fue objeto la cuestión obrera en México.

<sup>41</sup> Debe señalarse que el texto del art. 123 original ha sido objeto de numerosas reformas. Para un estudio sintetizado de las reformas en los últimos 80 años de vigencia del texto constitucional ver ZURCZYN VILLALOBOS, P., cit., pp. 408-412.

<sup>42</sup> De hecho, la primera Ley Federal del Trabajo se promulga en 1931 y la Ley del Seguro Social demoró hasta 1943.

Por supuesto, dicha ley debe ajustarse a los parámetros constitucionales. Sin embargo, lo que se quiere resaltar es el hecho de que al no contener el desglose de derechos de la seguridad social, como aconteció con la reforma laboral, obviamente, no gozan de la misma naturaleza jurídica ni coloca a ambos aspectos en el mismo nivel de protección constitucional.

Probablemente, y dadas las características del debate en Querétaro, podría pensarse que los constituyentes buscaron en primer lugar la constitucionalización de las demandas obreras que exigía en ese momento el movimiento revolucionario. Y, en segundo término, dejaron a la legislación ordinaria la regulación de las cuestiones derivadas del trabajo como las previsiones sociales sobre la protección de la salud y la familia.

Una consecuencia de lo anterior, que pone de manifiesto la importancia de este comentario, es la reforma iniciada en 1993 a la Seguridad Social y que, al parecer, no tiene vuelta atrás. En la reforma se contempla la privatización de la seguridad social, como sucedió con la privatización de los fondos para el retiro.

#### 2.1.4 De la educación

A diferencia de otros textos del constitucionalismo social el documento constitucional mexicano de 1917 no tiene incorporado el derecho a la educación en la misma magnitud que sus contemporáneos. Efectivamente, como se desprende de su lectura, el 3° constitucional hace palpable la influencia liberal en los constituyentes<sup>43</sup> al promulgar la libertad de enseñanza. Sin embargo, establece la laicidad de la enseñanza en los establecimientos oficiales y prohíbe que corporaciones o asociaciones religiosas pudieran establecer escuelas de instrucción primaria.

En este estado de cosas, puede decirse que lo que existía en México, era una amplia libertad de enseñanza, ya que respecto a su contenido social los redactores sólo se limitaron a señalar que en “los establecimientos oficiales se dará gratuitamente la enseñanza primaria.” Como señala Burgoa, se empezó a regular sobre los fines y contenidos de la educación básica en la reforma de 1934, que optó por una educación estatal con un contenido

ideológico determinado; y posteriormente, la reforma de 1946, que imprimió un carácter marcadamente nacionalista a la educación estatal.<sup>44</sup>

Dejemos por ahora esta cuestión y regresemos al surgimiento del constitucionalismo social, esta vez, en Europa.

## 2.2 La Constitución de Weimar

### 2.2.1 Una nueva concepción de los derechos

En Europa, el constitucionalismo social aparece al término de la Primera Guerra Mundial en coincidencia con la transformación política e institucional de los países vencidos en la contienda y de algunos que se crearon con motivo del desmantelamiento de estos.

Fue en la asamblea de Weimar donde quedó formalizada la incorporación de varias cláusulas económicas y sociales en la Constitución de del 4 de agosto de 1919. Desde luego, la citada incorporación surgió como resultado de las múltiples transacciones que se acordaron en aquella asamblea entre los diversos sectores y los divergentes puntos de vista que la componían.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obra constitucional que se gestaba no fue una tarea nada sencilla, pues Alemania es escenario de una aguda crisis social y política en donde conviven el anterior régimen y la implantación del nuevo sistema político y constitucional.

Del mismo modo que la creación de los Consejos Obreros, las cláusulas sobre el trabajo, la propiedad, etc. fueron el resultado de una ardua convergencia de criterios, también se superaron las gruesas oposiciones que sostenían las diversas ideologías o corrientes de pensamiento. Similarmente a lo sucedido en México, se vio en las creaciones de Weimar la expresión de cuestiones tan polémicas como la concepción económica individualista y la

<sup>43</sup> De hecho, el proyecto del art. 3 presentado por Carranza y sus seguidores consagraba la libertad de enseñanza en términos análogos al art. 3 del ordenamiento de 1857.

<sup>44</sup> La reforma de diciembre de 1934 señalaba que la educación impartida por el Estado sería "socialista" además de excluir toda doctrina religiosa, pero esto fue modificado en 1946 al señalar que "la educación estatal debe administrarse con base en los principios políticos, sociales y económicos que sustentan al régimen implantado por nuestra Ley Suprema." Obviamente, fiel a la costumbre reformista mexicana, este texto fue modificado en varias ocasiones, el texto vigente señala la educación primaria y secundaria como gratuita, obligatoria y laica. Ver la evolución del art. 3 en BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Garantías Individuales*, Porrúa, México, 1998, pp. 442 y ss.



reforma socialista a la que aspiraban reconocimiento los sectores obreros.<sup>45</sup> Básicamente, las tensiones entre las concepciones individualistas del anterior régimen y las referencias sociales de la socialdemocracia.

No obstante, la elaboración alemana presenta características que la distinguen de la Constitución mexicana, sobre todo porque el texto de Querétaro focaliza su atención en los aspectos de la propiedad y la protección al trabajo mientras que Weimar abarca una serie de aspectos más variados.

La nueva concepción constitucional presente en los constituyentes de 1919 se refleja en la inclusión de normas de contenido económico y social en las cuales los poderes públicos tienen intervención directa y la incorporación de los derechos sociales. Esta particularidad es fruto, sin duda, de los cambios experimentados en la concepción del Estado.

Por su trascendencia debe resaltarse la forma en que se concibe al individuo y a los derechos individuales. Dicha forma se expresó en el Libro II “De los derechos y deberes fundamentales del ciudadano alemán” al establecer el principio de igualdad ante la ley y toda una gama de derechos individuales y sociales.

El texto alemán constituye un nuevo paradigma sobre la forma de entender los derechos. La aparición de los derechos sociales significó la presencia de nuevos protagonistas legitimados por el derecho. En este sentido los nuevos derechos desembocaban en pretensiones ejercitables, ya no se trataba de abstenciones del Estado sino de obtener prestaciones de ese nuevo Estado.

El cambio registrado tiene que ver con otra cuestión también importante: los sujetos de los derechos sociales eran personas “situadas”, es decir, aquellos que pertenecían a ciertos sectores sociales podían exigir ciertas prestaciones al Estado. Un Estado con funciones más allá de aquellas que las constituciones liberales le establecían.

### 2.2.2 La protección constitucional referida a la vida social.

---

<sup>45</sup> HELLER, Hermann, “El Derecho Constitucional de la República de Weimar. Derechos y Deberes Fundamentales”, en López Pina (pról. y selecc.), versión de Salvador Gómez de Arteche, *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, 1985, p. 271.

Puede decirse que el texto weimariano alude, además de los derechos civiles y políticos, al otorgamiento de una protección especial en función de la pertenencia a algún colectivo o clase social determinada y que agrupa como relativos a “La Vida Social”.<sup>46</sup> Tal es el caso de la protección al grupo familiar al establecer la pretensión de sanidad y mejoramiento de la familia (Art. 119).

En el mismo sentido, se incluye lo relativo a la infancia, sobre todo la protección que brinda a los hijos nacidos fuera de matrimonio al establecer que deberán gozar de las mismas condiciones que los nacidos dentro del matrimonio (Art. 121).

Y, también debe hacerse referencia a la protección consitutucional que se brinda a la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y corporal a través de medidas de asistencia (Art. 122).

### 2.2.3 El derecho constitucional a la educación

Del mismo modo que se hacía referencia a los aspectos relativos a la vida social y la protección a la familia, los constituyentes de 1919 han puesto especial énfasis en el tema de la educación y la enseñanza, sobre todo la pública. Prueba de esta preocupación es que dedicaron una sección completa<sup>47</sup> dedicada a la regulación constitucional del derecho a la educación y a las funciones de los poderes públicos en la organización y funcionamiento del sistema educativo.

El tema de la educación recupera importancia no sólo en el texto alemán sino también, según veremos más adelante, en la mayoría de las Constituciones del periodo de entre guerras. Debe recordarse que esta cuestión ya estaba presente en el periodo revolucionario francés en los textos de 1791, 1793, 1848 e incluso en el texto mexicano de 1917.

Pues bien, el constituyente alemán no sólo se limita a establecer el derecho a la educación sino que pone especial atención en la obligación del Estado de proporcionarlo en todos los niveles. Así, el texto establece la

---

<sup>46</sup> Los textos de la Constitución de Weimar fueron tomados de MIRKINE-GUETZEVICH, Boris, (Est. preliminar), *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, Editorial España, Madrid, 1931, pp. 81 y ss.

<sup>47</sup> Sección IV. Instrucción y establecimientos de enseñanza. Arts. 142-150. Los textos de estos artículos fueron tomados de la obra MIRKINE-GUETZEVICH, B., *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, cit., pp. 85 y ss.

gratuidad y obligatoriedad además de garantizar la igualdad de oportunidades.<sup>48</sup> También incluye el reconocimiento de la libertad del arte y la ciencia (Art. 142).

#### 2.2.4 El constitucionalismo económico

Sin lugar a dudas, la más grande aportación del constitucionalismo de Weimar se refiere a la regulación que hace sobre los aspectos económicos.<sup>49</sup> En este sentido, se habla de la gestación de un derecho constitucional económico como un conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico.<sup>50</sup>

Sin embargo, esta sección constitucional no sólo hace referencia a la regulación de la vida económica, sino que los defensores de los ideales sociales consiguieron plasmar todo un repertorio de valores e instituciones de marcado signo transformador en el orden económico sino también en el social. Aspectos que constituyen en nuestros días el principal ingrediente del constitucionalismo económico: la nacionalización de empresas, la racionalización y planificación de la producción, el reconocimiento de la función social de la propiedad y del derecho a una vivienda, la constitucionalización de sindicatos, etc.<sup>51</sup>

Ahora bien, como ha señalado Heller, lo cierto es que las ideas del liberalismo ejercieron dominio al marcar la realidad social y la existencia material, y las ideas socialistas se habían quedado hasta ese momento en ideología. Esto explica, para Heller, el hecho de que la Constitución de 1919 contiene una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar. Pero al mismo tiempo, contiene las cuestiones relativas a la economía individualista y las ideas socialistas a las que aspira el proletariado. En palabras del propio Heller: “Todavía, no se vislumbra en ella una praxis cierta

---

<sup>48</sup> En este sentido se refiere al acceso a los grados de enseñanza, establece además el criterio de aptitud y vocación sin tomar en cuenta la situación económica y social por lo que existe la obligación del Estado de subvencionar los estudios.

<sup>49</sup> Es importante poner de manifiesto que, aunque se considera que los orígenes del constitucionalismo económico pueden ser ubicados en Rusia, a raíz de la revolución de 1917, la experiencia de Weimar y su Constitución de 1919 representan el primer intento moderno de renovación del constitucionalismo económico en el marco democrático desde la óptica de los socialistas. Ver BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 27-28.

<sup>50</sup> CABO, Carlos de, *Crisis del Estado Social*, Comares, Barcelona, 1986, p. 19.

que pueda plasmarse en un Derecho cierto. El espíritu de la polémica (al tenor de la Constitución) no es el de la lucha de clases sino el de la conciliación y en lo posible, del acuerdo recíproco orientados hacia una más justa distribución de los recursos.”<sup>52</sup>

Básicamente pueden destacarse tres aspectos centrales del constitucionalismo socio-económico de Weimar. En primer lugar, lo relativo a la regulación de la vida económica. En este capítulo, particular atención merece la Sección V “De la economía”. En ella se proclama que “la ordenación de la economía debe ajustarse a los principios de la justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna.” Y que “dentro de esos límites se ha de garantizar la libertad económica individual.” (Art. 151).<sup>53</sup>

Se puede observar que el precepto muestra las dificultades del constituyente alemán por reunir dos posiciones difícilmente conciliables. Es decir, se aprecia que el objetivo de lograr una vida digna va de la mano con un articulado dedicado a regular las libertades económicas como la libertad de contratación (Art. 152), de comercio e industria (Art. 151), la propiedad (Art. 153) e incluso, el derecho a la herencia (Art. 154). Sin duda, estas incursiones se encuadran como aspiraciones u objetivos a conseguir en un contexto de libre mercado.

En materia de propiedad es significativo el hecho de que los órganos públicos adopten amplios poderes para llevar a cabo las expropiaciones por causa del bien común, incluso, sin indemnización. Hace alusión también a las obligaciones que derivan de la propiedad y a su uso en función del interés general.

El texto de Weimar alude también a los aspectos relacionados con la distribución y aprovechamiento del suelo, los cuales estarán siempre bajo la vigilancia del Estado a fin de evitar abusos y conseguir que todos los alemanes tengan una vivienda sana. (Art. 155).

Otra disposición que remarca la importancia del texto alemán es la que se refiere a la atribución del Estado (Reich) de convertir, previa indemnización,

<sup>51</sup> BASSOLS COMA, M., cit., p. 30

<sup>52</sup> HELLER, H., cit., p. 271.

<sup>53</sup> Los textos de los artículos fueron tomados de MIRKINE-GUETZEVICH, Boris, (est. Preliminar), *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, cit, pp. 87 y ss. Los comentarios de HELLER, H., cit., p. 271 y ss.

en propiedad comunitaria empresas privadas susceptibles de socialización. Así, en caso de urgente necesidad y en interés de la economía, podrá agrupar empresas y sociedades económicas para asegurar la colaboración de todos los elementos de la nación (Art. 156).

Como señala Heller, estos dos artículos contienen ideas socialistas que regulan la relación de la comunidad estatal de la tierra y sus empresas.<sup>54</sup> En efecto, por una parte el art. 155 contiene principios que habrán de guiar al legislador para hacer frente a la escasez de viviendas. Y por otro lado, la segunda disposición en comentario prevé un marco general de conversión de empresas privadas en propiedad comunitaria.

En segundo lugar, se encuentran aquellas disposiciones que hacen referencia a los derechos de ámbito social y laboral. En este sentido, la Constitución de Weimar establece el derecho a la protección al trabajo (Art. 157) y a la propiedad intelectual (Art. 158). Se constitucionalizan aspectos de seguridad social al establecer un sistema de seguros para la preservación de la salud y la capacidad para el trabajo; la protección en casos de maternidad y asistencia en caso de vejez, enfermedad y otros azares de la vida (Art. 161). Hay que recordar que Alemania ya contaba con una legislación laboral muy desarrollada pero, en todo caso, se eleva a rango constitucional otorgándole así la más amplia protección.

Obviamente, el movimiento industrial deja huella en el constituyente de Weimar gracias a la lucha de los trabajadores por la reivindicación del derecho a la sindicalización de todos los trabajadores y de todas las profesiones (Art. 159).

En tercer lugar, pero no menos importante, debe mencionarse la inclusión en la Constitución de órganos institucionales (Consejos Obreros) que establece el texto de 1919 para los trabajadores.<sup>55</sup> Efectivamente, estas instancias se prevén, en distintos niveles, como medios para que el sector obrero participe en la toma de decisiones de índole económica, social y política. De este modo, los trabajadores no sólo tienen el derecho de participar en la

---

<sup>54</sup> Idem, p. 273.

<sup>55</sup> Sin duda, la influencia de esta incursión se debe a que en Rusia los "soviets" habían surgido en ocasión al movimiento revolucionario cuando el aparato del Estado se desplomó por completo, dando pie a la formación de estos consejos formados por trabajadores y soldados. Idem, p. 278.

regulación de las condiciones salariales y de trabajo sino también en el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas (Art. 165).

De lo anterior se puede afirmar que, a pesar del poco tiempo de su vigencia y en virtud de las contradicciones internas entre la formulación constitucional y la realidad socio-política que impulsaron su fracaso, la Constitución de Weimar constituye todo un hito histórico en el constitucionalismo y modelo para las Constituciones que se dieron durante el periodo de entre guerras.

En todo caso, hay que resaltar que el texto de 1919 se caracteriza por la formulación de derechos de índole social, económica y laboral como disposiciones programáticas o principios sin fuerza jurídica para obligar a los poderes públicos. A diferencia del texto de Querétaro, el alemán no contiene gran extensión ni detalles de las cuestiones tratadas. Sin embargo, ambos textos contienen disposiciones de índole socio-económica que vinculan a los poderes públicos, especialmente, suponen tareas para el legislador o la administración pública.

Por otra parte, el texto alemán pone de relieve la interrelación entre el individuo y la posición correctora del Estado. A diferencia del texto mexicano, el constituyente alemán no sólo se centra en la protección de la propiedad y los trabajadores y sus familias, sino que incluye regulación en materia económica y en aspectos de índole social como la infancia, la juventud, los desvalidos, etc.

Heller señaló en 1930 que la igualdad ante la ley es un elemento meramente formal y por lo tanto, requiere de esfuerzos continuos de parte del estado para crear una sociedad socialmente justa.<sup>56</sup> Sin embargo, las dificultades y obstáculos del momento hicieron que esto no fuera posible, pero lo más importante de destacar en la génesis de estas cláusulas y en su aparición en el constitucionalismo social, consiste en el carácter evolutivo y transformador de la filosofía política que inspiró esos cambios. La dirección del proceso apuntaba al establecimiento de las democracias sociales, con el apoyo de preceptos constitucionales que reflejaran los nuevos roles del Estado y las nuevas misiones de la sociedad.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Cit. por KUNIG, Philip, "El Principio de Justicia Social", en Karpen (ed.), *La Constitución de la República Federal de Alemania*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, p. 198.

<sup>57</sup> VANOSSI, J. R., cit., p. 356.

## D. Evolución de los derechos sociales

### 1. Período de posguerra y entreguerras (1919-1939)

Como se ha señalado, desde el punto de vista de la evolución histórica, la inserción de las cláusulas económicas y sociales en las Constituciones comenzó a partir de la primera posguerra mundial. En lo que se conoce como el periodo de entreguerras (1919-1939) el fenómeno del constitucionalismo social se prolongó en Europa debido a los diversos cambios registrados en este continente. Como es sabido, estos cambios supusieron esfuerzos por resolver la situación social conflictiva del final de la Primera Guerra Mundial y posteriormente, con la crisis económica de 1929.

Así, en esta época se ensayan formas para lograr un real compromiso entre el capital y el trabajo con el reconocimiento de los derechos sociales y que es la antesala a un modelo intervencionista de Estado. En este sentido, la adopción de cláusulas de este tipo las podemos encontrar en la Constitución austríaca (1920)<sup>58</sup> elaborada por Hans Kelsen, la Constitución de Polonia (1921),<sup>59</sup> la Constitución yugoslava (1921),<sup>60</sup> la Constitución de la República Española (1931),<sup>61</sup> la Constitución de la URSS (1936),<sup>62</sup> la de Irlanda (1937)<sup>63</sup> y

---

<sup>58</sup> A pesar de que el texto austriaco de 1920 no contiene ningún capítulo o sección destinado a regular los derechos sociales, podemos encontrar en su articulado solamente disposiciones que señalan que corresponde a la Confederación (art. 10) “la legislación y ejecución de las materias de: 11° Derecho obrero y protección de obreros y empleados, a excepción de las empresas agrícolas y forestales; seguros sociales y privados; 12° Régimen sanitario ... y todo lo que concierne a las casas de salud”. Y en el art. 12 establece en la competencia federal la legislación de principios y en la competencia provincial la legislación y ejecución de federal de materias como derecho obrero, asistencia pública, protección a la maternidad, lactancia e infancia, casas de salud y reposo y la reforma agraria.

<sup>59</sup> La Constitución de la República de Polonia de 1921, establece un régimen de protección a la todas las formas de propiedad (art. 99); establece el derecho de los ciudadanos a la protección de su trabajo por el Estado y en caso de huelga, enfermedad, invalidez el derecho a los seguros sociales (art. 102); protección a los niños abandonados (art. 103); y la instrucción primaria gratuita y obligatoria para todos los ciudadanos (arts. 118 y 119). Ver MIRKINE GUETZEVICH, B., cit., pp. 431 y ss.

<sup>60</sup> En este texto constitucional encontramos el Título III (Disposiciones sociales y económicas) que establece para el Estado la obligación de “intervenir en las relaciones económicas” (art. 26), reglamentando la protección del trabajo (art. 23), la limitación de la propiedad agraria (art. 43). Ver MIRKINE-GUETZEVICH, B., *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, cit., pp. 580-583.

<sup>61</sup> La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 incluye un capítulo dedicado a la “Familia, economía y cultura” y en él se establece las obligaciones de los padres hacia los hijos, la obligación del Estado de proteger a los ancianos, enfermos y a la infancia, así como disposiciones que señalan el establecimiento de una legislación social que regule el paro, los

algunas manifestaciones más tímidas del constitucionalismo social como la de Rumania (1923) o de Estonia (1920).<sup>64</sup>

En América, el caso particular de los Estados Unidos de América, donde a pesar de que el texto de Filadelfia de 1787 no contempla estos derechos, es un ejemplo de los mismos la legislación de seguridad social (Social Security Act, 1935).<sup>65</sup>

En otros países, el proceso derivó hacia fórmulas según el marco político de la época. Así, el régimen soviético apuntó hacia la “dictadura del proletariado” y el rechazo de las “libertades burguesas”; el régimen fascista consagró el corporativismo y entraña una transformación radical del régimen constitucional italiano; el régimen nazi acuñó la más absoluta centralización de la vida social en torno del principio de la conducción del jefe; el régimen portugués de Oliveira Salazar buscó congeniar un sistema antiliberal y

seguros por accidente, indemnizaciones, además de otras condiciones de trabajo como salario, vacaciones, jornada, etc. Ver PÉREZ AYALA, A., cit., pp. 360-371.

<sup>62</sup> Es importante el contenido de este texto, pues señala en forma más explícita los derechos sociales, por ejemplo, el derecho como ciudadano al trabajo remunerado, al descanso, a la seguridad social, a la sindicalización, etc. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., cit., p. 88

<sup>63</sup> La Constitución de 1937, fue aprobada el 1 de julio y entró en vigor el 29 de diciembre del mismo año. Este texto preveé, en la parte dedicada a los Derechos Fundamentales, disposiciones relativas a la protección de la familia (art.41). Sobre la educación establece la obligación del Estado de proporcionar educación primaria gratis. (Art. 42). Sobre los principios rectores de la Política Social el texto, en un único artículo (art. 45), establece que estos principios deberán servir de guía para el Parlamento sin que pueda ser revisada por ningún tribunal. Así mismo, señala como obligación del Estado el promover el bienestar de todo el pueblo garantizando un orden social en que la justicia y la caridad informen toda la vida nacional; el Estado debe también, orientar su política para el empleo, para evitar la concentración de propiedad o artículos necesarios en pocas manos, y a contribuir al mantenimiento de inválidos, viudas, huérfanos y ancianos. Ver texto íntegro en Rubio Llorente Francisco y Daranas P., Mariano, (Eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1995.

<sup>64</sup> El art. 21 de la Constitución rumana establece la libertad de trabajo al mismo tiempo que señala que la ley regulará los seguros sociales en favor de los obreros en caso de enfermedad o accidente. El texto de la República Estoniana, por su parte señala que la vida económica debe basarse en los principios de justicia que procuren la vida digna de un hombre por medio de leyes que aseguren tierras laborables, vivienda, protección del trabajo y garantizarles la ayuda necesaria durante la juventud, la vejez o en caso de incapacidad o accidente de trabajo. (Art. 25). Ver MIRKINE-GUETZEVICH, B., cit., pp. 261, 431 y 455.

<sup>65</sup> La Ley de 1935 comprendía cinco programas, dos propiamente de seguridad social (pensiones de jubilación y la prestación de desempleo) y tres relativos a la asistencia pública (protege el pago de pensiones a viudas con hijos, un programa para familias cuyo padre está en desempleo y la ayuda a la tercera edad). Posteriormente, estas prestaciones se ampliaron con reformas que por una parte incluían otros colectivos como los ciegos o incapacitados, y por la otra, se incluyeron las pensiones por invalidez y protección a los familiares. Ver el estudio detallado de la legislación social de Estados Unidos de ALONSO GARCÍA, E., “Los límites de la Justicia Constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del ‘Welfare State’ en Norteamérica”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, mayo-agosto 1984, pp. 161-167.



corporativo, con algunas notas peculiares, etc. Y en América Latina, también existieron ensayos de similares y hubo ecos de esa diversidad de inspiraciones, como lo demuestran las Constituciones de Brasil.<sup>66</sup>

En este contexto, el constitucionalismo se vio afectado por todo el cambio producido en las sociedades. Sin embargo, será hasta la terminación de la segunda contienda mundial- cuando se consolide el constitucionalismo social. Este proceso se verá marcado por dos transformaciones, en el Estado y en los derechos fundamentales de las personas.

## 2. Periodo de la última posguerra

### 2.1 En el ámbito de los Estados

#### 2.1.1 Las constituciones europeas

Después de la Segunda Guerra Mundial, tras la crisis económica que supuso el conflicto bélico, los países se vieron obligados a aplicar mecanismos de planificación para la reconstrucción de la vida económica y social.

Sin duda, una de las características más notables del periodo de posguerra es el desarrollo de una economía mixta de mercado que producirá un crecimiento económico importante. Este desarrollo en lo económico, traerá como consecuencia que los beneficios se destinen, en buena parte, a asegurar el bienestar social de los ciudadanos a través de políticas redistributivas y programas sociales.

Paralelamente a esta situación, la Segunda Guerra Mundial también trajo cambios en el constitucionalismo. Esas novedades significaron la consolidación definitiva del constitucionalismo social, que de esa forma vio reafirmada su vocación reivindicatoria.

Incluso, el proceso tuvo difusión general y abarcó a quienes habían permanecido al margen del conflicto bélico, como el caso de Suiza, que a través de su reforma constitucional de 1947, incorporó a la ley suprema el concepto estatal de “bienestar.”

Entre las constituciones europeas más significativas de este período pueden mencionarse las dos Constituciones francesas de 1946,<sup>67</sup> la

---

<sup>66</sup> VANOSSI, J.R., cit., p. 360.

Constitución de Italia de 1948, la de Luxemburgo de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La segunda constitución francesa de 1946, en su Preámbulo inclina la balanza en favor de la tendencia “social” al establecer que: “Todo trabajador participa, por medio de sus delegados, en la determinación colectiva de sus condiciones de trabajo, así como en la gestión de las empresas.” Y que, “Todo bien, toda empresa, cuya explotación adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad.” En el citado preámbulo también hace referencia al derecho a tener un empleo, al derecho de defender sus intereses por la acción sindical y al derecho a la huelga.<sup>67</sup>

Por otra parte, también el Preámbulo hace referencia a cuestiones de índole social al señalar que la nación asegura las condiciones necesarias para el desarrollo de los individuos y la familia. De forma similar, garantiza la protección a la infancia, a los ancianos, la protección de la salud, la seguridad material y el esparcimiento. También establece el derecho a la instrucción y la obligación del Estado de organizarla en todos los grados y, señala que los incapacitados para trabajar tendrán derecho a obtener de la colectividad los medios apropiados para su subsistencia.<sup>68</sup>

En cuanto a la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, debe decirse que en su elaboración confluyeron las tres vertientes más importantes de la cultura política de ese país: el “risorgimiento” liberal (autor principal de la unidad italiana en el siglo pasado), el catolicismo (en el gobierno a partir de la última posguerra) y el marxismo (que se expresa mediante los partidos sociales y comunistas, amén de otros grupos menores).

Así, en primer lugar debemos señalar que, aunque el texto constitucional fue el producto de muchas transacciones entre distintas posiciones políticas, no perdió de vista el componente social al proclamar que: “es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando

---

<sup>67</sup> En el caso de Francia el rechazo popular en el referéndum a que fue sometida la primera Constitución (de 19 de abril de 1946) trajo como consecuencia una cierta mayor moderación en las postulaciones de la segunda (del 27 de octubre del mismo año), que fue aprobada en la consulta popular.

<sup>68</sup> Ver texto íntegro del Preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 como Anexo II en RUBIO LLORENTE, F., y DARANAS PELÁEZ, M., cit., pp. 250-251.

de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”<sup>70</sup>. Al mismo tiempo que reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo. (Art. 4)

En este sentido, puede decirse que esa doble transformación a la que hacíamos referencia, se pone de manifiesto en el texto italiano al entender la remoción de obstáculos económicos y sociales como una concepción estatal, mientras que los derechos sociales refuerzan toda una transformación de la sociedad.

En segundo término, el texto italiano regula en la parte De los Derechos y Deberes Fundamentales lo relativo a las relaciones ético-sociales como la familia (Art. 29), la protección a la maternidad, la infancia y la juventud (Art. 31), la educación primaria gratuita y obligatoria (Art. 34).

Y en tercer lugar, debe mencionarse lo relativo a las relaciones económicas y los aspectos relacionados con los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, el derecho a una retribución proporcionada según su trabajo para asegurar a él y a su familia una vida libre y decorosa (Art. 36); igualdad de la mujer en el trabajo (Art. 37); derecho de los ciudadanos incapacitados para trabajar de gozar de mantenimiento y asistencia social, así como de provisiones para el caso de invalidez, enfermedad, ancianidad y desempleo voluntario (Art. 38); el derecho de sindicación y de huelga (Arts. 39 y 40); y finalmente, establece limitaciones al derecho de propiedad, como la expropiación, y el uso racional del suelo en caso de fines de interés general (Arts. 43-45).

Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a pesar de no contener ninguna referencia expresa a los derechos sociales o cláusulas de índole económica, ha derivado, del famoso artículo 20.1, su talante de Estado Social al señalar que “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”.

Evidentemente, esta referencia a “lo social” ha servido para la conformación constitucional del principio de “justicia social”. Aunque su interpretación ha sido objeto de un arduo debate. De todos modos, como el

---

<sup>69</sup> Idem, p. 251

debate perdió fuerza cuando el Tribunal Federal Constitucional declaró que el principio de justicia social era una norma legal entre otras.

Posteriormente, después de que Alemania se estabilizó económica y políticamente en los últimos años del 50 y principios del 60 se efectuó la legislación social. Además, debe tenerse en cuenta el importante papel del Tribunal Constitucional en la protección de estos derechos derivando una completa jurisprudencia al respecto.

La vigente Constitución degaullista de 1958 repite el mismo esquema que la de 1946 al reiterar en su Preámbulo los enunciados de la Declaración de 1789.<sup>71</sup> Y, por tanto, repite los mismos principios políticos, económicos y sociales a los que hemos hecho referencia.

Los derechos económicos y sociales aparecen en los textos constitucionales de posguerra reafirmando esta doble transformación: la del Estado y la de los derechos. En este sentido, como expresa García Pelayo, el Estado social de Derecho es distinto del Estado burgués o tradicional de Derecho porque incorpora a sus funciones la procura de la existencia, es decir, la efectividad de los derechos sociales y económicos; es activo y no pasivo; responde a una nueva idea de la legitimidad que conlleva una idea social del Derecho; no sólo asigna y distribuye derechos formales; sino también derechos materiales.<sup>72</sup>

Frente a este marco constitucional es preciso añadir a los textos señalados las manifestaciones tardías de constitucionalismo social que tienen su reconocimiento en las Constituciones de Grecia en 1974, la de Portugal de 1976 y, la de España de 1978.

La Constitución de Grecia de 1974<sup>73</sup> hace una muy tímida referencia a los derechos sociales. Básicamente, podemos encontrar alusión a ellos en lo

<sup>70</sup> Art. 3°. Texto tomado de RUBIO LLORENTE, F., y DARANAS PELÁEZ, M., cit., p. 343 y ss.

<sup>71</sup> El Preámbulo de la Constitución de Francia de 1958 dice en el primer párrafo: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946." Texto tomado de RUBIO LLORENTE, F., y DARANAS PELÁEZ, M., cit., p.233.

<sup>72</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones...* cit., p. 9

<sup>73</sup> Esta Constitución entró en vigor el 11 de junio de 1975, seis meses después del referéndum de diciembre de 1974, donde se abolió la Monarquía para adoptar la forma republicana de gobierno. Los textos de los artículos aquí citados son tomados de la obra de RUBIO LLORENTE, F., y DARANAS PELÁEZ M., cit., pp. 275 y ss.

que se refiere a educación, propiedad, aspectos relacionados con la vida social y trabajo.

En la segunda parte relativa a “De los Derechos Individuales y Sociales” señala que la instrucción es la misión fundamental del Estado y establece el derecho de educación en todos sus grados en los establecimientos del Estado (preceptos 16.1 y 16.4). Este texto señala la obligación del Estado de proporcionar ayuda económica a los estudiantes tanto por sus aptitudes como por requerir una protección especial.

Respecto al régimen de propiedad el Estado se constituye como su protector. Así mismo, y al igual que los otros textos constitucionales señalados, el texto helénico señala que la privación de la propiedad debe basarse en causa de utilidad pública y mediante indemnización. Debe resaltarse un rasgo peculiar, la regulación detallada del procedimiento que ha de llevarse a cabo en el caso de la expropiación forzosa (Art. 17).<sup>74</sup>

El dispositivo 21 engloba diversos aspectos sociales a cargo del Estado como la protección a la familia, al matrimonio, la maternidad y la infancia. Hace referencia a una protección especial a las familias numerosas, las personas con enfermedad corporal o mental incurable, pero sobre todo, a las víctimas de la guerra así como a sus viudas y huérfanos. El mismo precepto incluye la obligación del Estado de velar por la salud de los ciudadanos y la protección a la ancianidad, la juventud, los inválidos y los indigentes. Finalmente, obliga al Estado a prestar atención especial a la adquisición de una vivienda para los que no la tengan o ésta sea insuficiente.

Respecto al trabajo, se constituye en derecho constitucional y el Estado velará por el pleno empleo y el progreso moral y material de la población rural y urbana (Art. 22.1). La referencia al trabajo incluye temas como la igualdad de remuneración, las condiciones de trabajo, que serán reguladas en los convenios colectivos; la prohibición de trabajo obligatorio. A diferencia de otros textos, envía a las disposiciones de la ley lo relativo a la seguridad social de los trabajadores (Art. 22).

---

<sup>74</sup> El artículo 17 establece, sobre todo, lo relativo al procedimiento para la fijación del monto de la indemnización y los plazos máximos para que ésta deba hacerse efectiva, dando lugar a una serie de garantías constitucionales para el particular afectado.

La Constitución griega, al igual que otros textos de la época, se refiere a la protección a la libertad sindical y el derecho de huelga. Sin embargo, hay una prohibición importante que no puede ser pasada por alto: exceptúa del ejercicio del derecho de huelga a los magistrados y a los agentes del cuerpo de seguridad (Art. 23.2)

En general, puede constatarse que la elaboración de estas cláusulas no es diferente a la redacción que encontramos en los otros textos constitucionales hasta aquí vistos. Esta particularidad la veremos en casi todas las cláusulas de contenido socio-económico, lo cual, a la postre traerá una doble tarea: la de su concretización y su interpretación.

La Constitución de la República Portuguesa de 2 de abril de 1976<sup>75</sup> a diferencia de la griega y sus predecesoras es un largo y detallado cuerpo de disposiciones relativas a los derechos y deberes fundamentales. Entre los que se incluyen los derechos, libertades y garantías así como los derechos y deberes económicos y sociales (Art. 4-79). Sin embargo, aquí nos centraremos únicamente en analizar lo correspondiente a éstos últimos.

Respecto al Título Tercero “De los Derechos y Deberes Económicos” existe en el texto portugués una separación de los derechos a razón de su contenido económico, social y cultural.

En el apartado económico el constituyente portugués incluye el derecho al trabajo con su correlativo deber de trabajar excepto para aquellos que sufran alguna merma en su capacidad (Art. 58) y añade listado de las obligaciones del Estado como la ejecución de políticas de pleno empleo, igualdad de oportunidades, etc.

Siguiendo la misma técnica constitucional, el texto establece tanto los derechos de los trabajadores -la retribución, la organización del trabajo, condiciones de higiene y seguridad, el descanso y la asistencia en caso de desempleo- como los correspondientes deberes del Estado -asegurar que las condiciones de trabajo se respeten, sobre todo en lo que concierne a salario mínimo, límites de la jornada laboral, entre otros.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> En vigor a partir del 25 de abril de 1976. Ver art. 298 de las Disposiciones Finales y Transitorias.

<sup>76</sup> Ver art. 59 de la Constitución Portuguesa. Es importante mencionar que, a pesar de que la Constitución no incluye en este apartado a los derechos de seguridad en el empleo (art. 53), el derecho a la formación de comisiones de trabajadores (art. 54), la libertad sindical (art. 55) y el

Respecto al ámbito de los derechos y deberes sociales el documento constitucional incluye tópicos de diversa índole, pero todos ellos tienen en común el regular diversos aspectos sociales, como por ejemplo, establece que todos tienen derecho a la seguridad social a cargo del Estado (Art. 63) que incluye la protección contra la enfermedad, vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como el desempleo. –

También forma parte del catálogo de derecho sociales el derecho de la Salud (Art. 64); el derecho de todos para sí y para su familia a una Vivienda de dimensión adecuada, así como el deber del Estado de asegurar el cumplimiento de este derecho (Art. 65); la protección de la familia (Art. 67); de la Infancia, en especial de los huérfanos y abandonados (Art. 69); la protección especial para la juventud, en cuanto a la efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales (Art. 70); los ciudadanos física o mentalmente Deficientes gozan también de protección del Estado para recibir rehabilitación y tratamiento adecuado (Art. 71); finalmente, el documento establece que las personas de la tercera edad tienen derecho a la seguridad económica y de vivienda (Art. 72).

El Título Tercero de la Constitución portuguesa cierra con las cuestiones relativas a los Derechos y Deberes Culturales. El capítulo está constituido por el derecho a la educación (Art. 73); el derecho a la enseñanza (Art. 74) con garantía de igualdad de oportunidades de acceso y éxito escolar, así como la regulación de la enseñanza pública, privada y del acceso a la enseñanza superior (artículos 75-77). También incluye el derecho al goce y a la creación cultural con el correlativo deber de fomentar y respetar el patrimonio cultural (Art. 78).

Es importante recalcar la técnica constitucional utilizada por los constituyentes portugueses, quienes dejaron impreso tanto los derechos sociales como los deberes del Estado en estas áreas. Probablemente, esta situación repercuta en la forma de operativizar y dotar de eficacia a estos

---

derecho de huelga y la prohibición de cierre patronal (art. 57), así como los derechos de la mujer trabajadora durante y después del parto (último párrafo del art. 68), sin duda, estas disposiciones forman parte de los derechos derivados del trabajo y las relaciones laborales. Textos tomados de la compilación elaborada por RUBIO LLORENTE, F. Y DANARAS PELÁEZ, M., cit., p 410 y ss.

derechos. Esto lo veremos más adelante, por ahora sigamos analizando otros textos europeos.

A diferencia de la extensión y detalle que emplea el texto portugués para la constitucionalización de los derechos sociales, la Constitución Española de 31 de octubre de 1978 contempla en el Capítulo Tercero lo que ha llamado “De los principios rectores de la política social y económica”. En ellos se incluyen pronunciamientos generales de tipo social, cultural, económico, de seguridad social y protección a nuevos derechos.

Respecto a las cuestiones propiamente de índole social se destaca en el texto español la protección social, económica y jurídica dispensada para la familia; protección integral a los hijos con independencia de su filiación y a la madre cualquiera que sea su estado civil (Art. 39). Se incluyen también el derecho a la protección de la salud (Art. 43), el derecho a la vivienda digna y adecuada (Art. 47), la participación de la juventud en el desarrollo político y económico del país (Art. 48), la protección a los disminuidos físicos y mentales (Art. 49), así como la protección a la tercera edad mediante pensiones y servicios sociales de salud, vivienda cultura y ocio (Art. 50).

Respecto a la cultura, el constituyente señala que los poderes públicos promoverán el acceso a la cultura como un derecho de todos (Art. 44) y garantizan la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de España (Art. 46).

Respecto al trabajo, aunque la consagración de éste como un derecho se encuentra en el capítulo destinado a los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 35-37), el texto hace referencia al establecimiento del régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad, especialmente para los desempleados (artículo 41). Existen otras referencias al trabajo respecto a la seguridad e higiene, el descanso, la limitación de la jornada laboral, vacaciones retribuidas, etc. (numeral 40.2)

En el ámbito económico, la mención más significativa la encontramos en el Art. 40 al indicar que los poderes públicos promoverán una distribución equitativa de la renta y realizarán políticas de pleno empleo.

Sin duda, una particularidad del texto español se encuentra al haber contemplado derechos para otros colectivos como la protección a



consumidores y usuarios (Art. 51) y la constitucionalización del derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (Art. 45).

### 2.1.2 Las constituciones latinoamericanas

El desarrollo constitucional en latinoamérica ha estado caracterizado por una clara inestabilidad política que se manifiesta, sobre todo, en sus textos constitucionales. Sin embargo, a pesar de la accidentada historia constitucional de estos países, la formulación de los derechos sociales se ha hecho palpable en formulaciones tempranas como la Constitución mexicana, cuyos principales enunciados se refieren al régimen de la tierra y a las condiciones de trabajo, y en otras manifestaciones del constitucionalismo social que surgieron con posterioridad al texto de 1917.

Entre las más importantes, podemos mencionar los casos de Perú en 1933; de Uruguay en 1934 y 1942; de Bolivia en 1938; de Cuba en 1940; Brasil de 1946;<sup>77</sup> Costa Rica en 1949. Más recientemente, el texto constitucional Colombiano de 1991<sup>78</sup> y la reforma constitucional de Argentina de 1994, son ejemplos paradigmáticos de un constitucionalismo socio-económico sin precedentes al estilo del caso portugués.

La inclusión de los derechos sociales en el documento constitucional de Perú (1933) estuvo marcada por la protección a la familia y al matrimonio e hijos (artículos 5 y 6), a sectores especiales de la sociedad como la adolescencia, los ancianos (Art.8); aspectos como la vivienda (Art.10), salud (Art. 15 y 16) y seguridad social (artículos 12 y 13) y los derechos del trabajo.<sup>79</sup> Sin embargo, el texto de 1933 perdió su vigencia por la iniciativa del presidente Fujimori a una nueva Constitución en 1992.

---

<sup>77</sup> VANOSSI, J. R., cit., p. 366.

<sup>78</sup> Sin duda, el texto constitucional colombiano es prolijo en la enumeración de los derechos sociales, similar al texto portugués. Entre los contenidos más importantes podemos mencionar la protección social a la familia y los hijos (art. 42), los derechos fundamentales de los niños (art. 44), de los adolescentes (art. 45), de la tercera edad (art. 46), a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 47). También incluye entre sus disposiciones lo relativo al derecho al trabajo (art. 25), a los derechos de los trabajadores (art. 39, 55, 56, 64). Hace referencia a los derechos culturales (arts. 70 y 72) e, incluye derechos de colectivos especiales como los consumidores y usuarios (art. 78) y el derecho al medio ambiente (arts. 79 y 80).

<sup>79</sup> Ver Arts. 42-57 del documento peruano que incluye, entre otros aspectos, lo relativo a la protección de la madre trabajadora, el derecho de sindicalización, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho de huelga y sindicalización, etc. Los textos fueron tomados de la edición preparada por LÓPEZ GUERRA, Luis, y AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

En el caso de Bolivia, la reforma constitucional de 1938 introdujo el constitucionalismo social básicamente con la incorporación de los derechos fundamentales a la salud, a la instrucción, a la remuneración justa por el trabajo y a la seguridad social.<sup>80</sup> Por otra parte, se consolida la organización económica del país según el principio de justicia social (Art. 132).

Más extensa es la lista de derechos sociales contemplada por la Constitución de Costa Rica de 1949 pues se incluye la protección especial que brindará el Estado a grupos desvalidos de la sociedad<sup>81</sup>, la regulación del trabajo<sup>82</sup> y la educación.

En suma, los resultados alcanzados en el marco constitucional de estos textos “sociales” permite advertir divergencias profundas, pues los procesos revolucionarios impulsaron en Perú y Cuba, por ejemplo, transformaciones profundas de la estructura económico-social y del aparato estatal (con distinto signo y resultados); mientras que en otros casos la Constitución fue demasiado adelante en relación con las posibilidades que ofrecía de esas sociedades (el caso del Uruguay), lo que provocó un desfase entre lo que el texto prometía y las posibilidades reales de una economía limitada o de una sociedad estancada.<sup>83</sup>

En Argentina, por ejemplo, antes de la reforma constitucional de 1994 que incorpora preceptos de contenido socioeconómico,<sup>84</sup> se observa una tendencia a encontrar un punto medio entre la libertad y la igualdad. Por ejemplo, en la reforma de 1957, los constituyentes inspirados en la orientación del constitucionalismo social pretenden el logro de tres grandes equilibrios, a saber, entre la libertad, la igualdad y la seguridad. Para lograr este objetivo

---

<sup>80</sup> Art. 7 incisos a), b), j) y k), respectivamente.

<sup>81</sup> El texto constitucional de Costa Rica incluye en su Capítulo “Derechos y Garantías Sociales” la protección a la familia, la madre, el niño, anciano y los enfermos desvalidos (arts. 51 y 55).

<sup>82</sup> Se hace una regulación muy detallada sobre los derechos derivados del trabajo (arts. 56-66) como la jornada máxima, salario, huelga y sindicación, viviendas para los trabajadores, el establecimiento de medidas de higiene y seguridad en el trabajo.

<sup>83</sup> VANOSSI, J.R., cit., pp. 366-367.

<sup>84</sup> Ver el estudio detallado sobre este aspecto de la reforma constitucional en Argentina en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Constitución Socio-Económica de 1994” en Bidart C., Germán (coord.), *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp 241-296.

introducen el famoso art. 14 bis que, con unas moderadas cláusulas sociales, abarcan los derechos del trabajador, al sindicalismo y a la seguridad social.<sup>85</sup>

### 2.1.3 Las constituciones de los países del Este de Europa.

Para completar el marco del constitucionalismo social en el ámbito de los Estados es necesario señalar aquellas leyes supremas de los llamados “países del Este” y los inspirados en el modelo soviético. En relación con el constitucionalismo social, la tesis marxista declara su crítica y rechazo, por cuanto entiende que se trata de una formulación “reformista” y evolucionista, que no satisface las metas “revolucionarias” fijadas en el programa comunista.

En este sentido, puede decirse que el constitucionalismo social no encaja tanto en el sistema constitucional “soviético” como en los regímenes que responden a la denominación de “democracias populares”, pues en ambos casos se parte de bases y presupuestos teóricos y doctrinarios muy distintos.

Como se ha puesto de manifiesto, el constitucionalismo social mantiene los postulados básicos del constitucionalismo tradicional: libertad, representación, separación de poderes y legalidad. En cambio, el constitucionalismo marxista<sup>86</sup> parte del rechazo del principio de la separación de los poderes y del “garantismo” preconizado por el liberalismo constitucional. La teoría marxista del Estado no admite la existencia del “pluralismo” político.

Después de la Segunda Guerra Mundial, principalmente en los países del este europeo se elaboraron formulaciones constitucionales para legitimar las premisas adoptadas, casi todas dotadas de un inmenso catálogo de derechos sociales. Tal vez el caso más ejemplificativo sea la Constitución yugoslava. También otros textos constitucionales pueden citarse como la Constitución Húngara (1972), la de Bulgaria (1971) y, desde luego, la Constitución de la URSS de 1977, que recoge los éxitos del comunismo de

---

<sup>85</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “El proceso político-constitucional de la República de Argentina desde 1810 a la actualidad”, en *El primer constitucionalismo iberoamericano*, cit., p. 183.

<sup>86</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional Soviético*, editorial Claridad, Buenos Aires, 1946; Academia de Ciencias de la URSS, *Fundamentos de Derecho Soviético*, Moscú, 1962; Denisov, A y Kirichenko, M. *Derecho Constitucional Soviético*, Moscú, 1959, cit por VANOSSI, J.R, cit., p. 365

1918 y de su predecesora (1936),<sup>87</sup> trata ampliamente el tema de los derechos sociales.<sup>88</sup>

Una excepción significativa a esta técnica de formulación constitucional está dada por la reciente Constitución de China Popular (1978)<sup>89</sup> que consta de tan solo 60 artículos. El Capítulo Tercero trata lo relativo a los derechos y deberes fundamentales, pero únicamente seis artículos pertenecen al rubro de las cláusulas económicas y sociales.

Se trata de enunciados generales sobre el derecho al trabajo (art. 48), al descanso (Art. 49), a la seguridad social (Art. 50). Se destaca la incorporación del derecho de huelga (Art. 45) a raíz de una sugestión del propio Mao, que así lo propició como medio para proseguir la lucha revolucionaria interna. También establece el derecho a la educación (Art. 51), a las actividades culturales (Art. 52). Señala la protección especial para la familia, la infancia y la maternidad (art. 53). Incluida cláusula sobre la planificación de la natalidad.

## 2.2 En el ámbito internacional y regional

No podríamos cerrar el apartado sin mencionar que el avance más significativo en la evolución de los derechos sociales y económicos en el periodo de la segunda posguerra sin duda se dio a través de su reconocimiento internacional.

El fenómeno de internacionalización de las normas laborales tiene su antecedente a principios de siglo XIX con la tendencia internacional por impulsar el movimiento industrial legislativo en las asambleas de Lille en 1871, de París en 1881 y la conferencia convocada por el emperador Guillermo de Berlín en 1890 que tuvo por objeto sentar las bases de una reglamentación internacional referente al trabajo de mujeres, niños y adultos en minas.

---

<sup>87</sup> Ver los textos íntegros en GARCÍA ALVAREZ, Manuel B., *Las Constituciones de los Países Socialistas*, Caja de Ahorros de Asturias, 1980.

<sup>88</sup> Idem, pp. 386 y ss. Especialmente, véanse los artículos 40-46. En ellos se establece el derecho al trabajo y el derecho de elegir profesión de acuerdo con la vocación, aptitudes y demandas de la sociedad (art. 40); el derecho al descanso (art. 41); el derecho a la protección de la salud (art. 42); derecho a la asistencia económica en la vejez y en caso de enfermedad, pérdida total o parcial para el trabajo o pérdida del sostén de la familia (art. 43); derecho a la vivienda (art. 44); el derecho a la instrucción y la gratuidad en todos sus tipos así como la concesión de becas y ayudas por el Estado (art. 45); derecho a disfrutar de los adelantos de la cultura (art. 46)

<sup>89</sup> Idem, p. 425 y ss. Los artículos aquí citados pueden verse en las pp. 435 y 436.

Estas primeras manifestaciones fueron seguidas por los congresos de 1897 en Bruselas, de 1900 en París y por los congresos sindicalistas de 1916, 1917 y 1919. Es precisamente en la conferencia de 1919 en la cual se plantea la necesidad de una Oficina Internacional del Trabajo como parte de la Sociedad de Naciones. Propuesta que se plasmó posteriormente en la firma del Tratado de Paz de Versalles.<sup>90</sup> –

Los movimientos sindicales y obreros fueron el antecedente directo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como parte del Tratado de Paz de Versalles de 1919. Esta organización es fundamental para el reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores, en cuyo seno se han elaborado diversos convenios, todos ellos relacionados con el trabajo, la seguridad social, la igualdad en el trabajo y la remuneración, etc.<sup>91</sup>

El proceso de consolidación de los derechos sociales se fortaleció durante los años posteriores a la segunda guerra como aconteció en el ámbito de los Estados. En todo caso, la internacionalización de las cláusulas económicas y sociales obedece al convencimiento de la existencia de ciertas situaciones de desamparo económico-social a escala mundial.

En los trabajos de Naciones Unidas la idea se encuentra presente en la Carta de San Francisco de 1945. En ella se establece que la Organización promoverá niveles de vida más adecuados, trabajo para todos y condiciones de progreso económico y social. (Art. 55)

Pero, en todo caso, los derechos sociales encuentran su reconocimiento y protección más sólida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y, posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ambos en el seno de las Naciones Unidas.

---

<sup>90</sup> Un estudio detallado del proceso de conformación de la legislación industrial en el ámbito internacional puede consultarse en FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo, *Principios jurídicos y sociales de las últimas constituciones políticas de Europa y América*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1923, pp. 238 y ss.

<sup>91</sup> Por mencionar algunos: Convenio sobre las horas de trabajo en la industria de 1919, sobre el Desempleo de 1919, Convenio 102 sobre la Norma Mínima de Seguridad Social de 1955, Convenio 103 sobre la protección a la maternidad, Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la mano de obra femenina por un Trabajo de igual valor de 1953, Convenio 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, Convenio 156 sobre Los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, y más recientemente, el Convenio 182 sobre el Trabajo Infantil de 1999, etc. Ver [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

Así, la Declaración establece el derecho a la seguridad social (Art. 22). El Pacto de Derechos Económicos y Sociales, por su parte, precisa y amplía el contenido de estos derechos y señala el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para lograr la efectividad de los mismos. Entre los derechos protegidos destacan: el derecho al trabajo libremente elegido, a condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, al descanso, a un salario equitativo, a fundar sindicatos y libre afiliación, a la huelga, a la seguridad social, protección a la familia y a las madres, a la educación, a la salud, etc.

A pesar de que este fenómeno supone una conciencia internacional hacia el mejoramiento de las condiciones sociales y económicas, debe destacarse que los derechos aquí reconocidos no son reclamables en el escenario mundial, pues la adhesión voluntaria de los Estados a estos convenios conlleva mecanismos de protección muy débiles que obligan a los Estados partes a presentar informes periódicos de la situación que guardan dichos derechos en el país. En el peor de los casos, las sanciones consisten en publicidad negativa para dicho país y la emisión de recomendaciones de las comisiones encargadas de revisar el cumplimiento de los convenios.

La positivización de los derechos sociales en el contexto posterior a la segunda posguerra no sólo se presenció en el ámbito mundial, sino que también dio lugar a un proceso similar en el ámbito regional, es decir, la aprobación de textos ceñidos a áreas geográficas. En este sentido, debe remarcarse el desarrollo de estos derechos en Europa, América y África.

Las cláusulas sociales en Europa tienen notable desarrollo según se desprende de los textos del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961 y sus dos protocolos de 1988, el Acta Unica Europea de 1987, la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1989, así como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

En América, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) se han gestado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José de 1969 y Protocolo de San Salvador de 1988. Más recientemente, la Carta Interamericana de Garantías Sociales (Resolución XXIX de la OEA).

En Africa, la Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos del 27 de junio de 1981, en vigor a partir de 21 de octubre de 1986 es un buen ejemplo de la fuerza expansiva de los derechos sociales.

En suma, entre las medidas correctoras que proponía el Estado Social de Derecho la más relevante para nuestro estudio es la referente a hacer más efectivos los derechos civiles y políticos que se establecieron en la democracia liberal y, aun más, se trataba del reconocimiento y protección real de los derechos sociales, económicos y culturales que se derivaban de las condiciones de crisis y miseria que tras la Segunda Guerra Mundial azotaron gran parte de los países occidentales.

En tal sentido, puede decirse que el constitucionalismo social aparece como la suma de expresiones que revisten el carácter de verdaderas conquistas o progresos del desarrollo constitucional. Tales expresiones se manifiestan en dos áreas, la de los derechos y la del Estado. En este sentido se expresan la primera, por la inserción de las cláusulas económicas y sociales y la segunda, por la denominada "racionalización del poder".<sup>92</sup> En efecto, en este proceso media un cambio en toda la sociedad que queda registrado en los "nuevos derechos" de las personas y en el tránsito del Estado abstencionista al Estado intervencionista. Este proceso trajo consigo múltiples variaciones en el funcionamiento del Estado, ahora investido de nuevas funciones y nuevas competencias.

En el campo de los derechos, la transformación fue notable ya que la aparición de los derechos sociales significó la presencia de nuevos protagonistas legitimados por el derecho. Efectivamente, aparecen nuevos titulares de estos derechos como los que hemos visto: los trabajadores, los niños, la juventud, los ancianos, la familia, los disminuidos física o mentalmente, etc.

De esta manera, las cláusulas sociales y económicas aparecen como reflejo de una nueva realidad pues la Constitución que omitiera las cláusulas económicas y sociales era considerada un instrumento insuficiente e

---

<sup>92</sup> GARCÍA-PELAYO, M., cit., p. 8. Para el autor, la idea de "Estado Social de Derecho" se debe a Hermann Heller, ".... quien la desarrolla en 1929 como única fórmula destinada a cancelar la doble irracionalidad del Estado fascista y del Estado liberal burgués de Derecho o, más precisamente, como la única alternativa válida frente al fascismo."

inadecuado para el Estado contemporáneo, tan lleno funciones y sobre todo, de expectativas provenientes de los sectores más necesitados.

En el ámbito del Estado, es importante poner de manifiesto que el volumen del cambio implica una nueva concepción de las competencias o funciones de los poderes públicos. En concreto, la tarea se dirige a satisfacer las necesidades básicas de salud, vivienda, educación, prestaciones de seguridad social y pensiones, así como el reconocimiento de derechos laborales y sindicales.

Así, las políticas redistributivas y las mejoras en los servicios sociales y prestaciones de bienestar fueron las aportaciones en cuanto derechos fundamentales del Estado Social de Derecho. Sin embargo, los complejos procesos de la puesta en marcha de las nuevas políticas económicas y sociales, así como la financiación de las mismas, dió origen a lo que se llamó "crisis fiscal del Estado". Expresión empleada para significar los problemas del Estado Social de Derecho y que se abordará posteriormente.<sup>93</sup>

#### E. Evaluación del modelo constitucional: el problema de la eficacia de los derechos sociales.

En la evolución del constitucionalismo social, desde el punto de vista de los derechos, la inclusión de las cláusulas de derechos sociales y económicos está acompañada de una creciente acogida de nuevos derechos que se suman a las tradicionales regulaciones del trabajo y la seguridad social que caracterizaron la primera normatividad social. Esto implica, desde el punto de vista del Estado, que éste sea protector y obligado a la satisfacción de los derechos y que los titulares de los -anteriores y nuevos- derechos exigen mayor grado de participación en las decisiones.

En este sentido, podemos afirmar que la nueva mentalidad contempla las reivindicaciones relativas al proceso democratizador y las relativas a la procura existencial como inescindiblemente unidas. El ciudadano espera recibir del Estado la garantía de ciertas condiciones mínimas de vida pero sin

---

<sup>93</sup> La literatura jurídico-política de la época plantea cuestionamientos en el sentido de la falta de financiación de recursos a países del tercer mundo, situación de consumismo, depilfarro y derroche: "alienación consumista", actitudes de insolidaridad con determinados sectores que se relegaron .



renunciar a los derechos de libertad y participación política que, unidos a los sociales, le permitan estar en condiciones de participar en la consolidación de la democracia.

Este doble componente -derechos y democracia- que apunta Nino,<sup>94</sup> propio del constitucionalismo contemporáneo nos sirve de punto de reflexión para estudiar la situación de estos-derechos sociales hoy en día. Mucho se ha dicho y la materia es opinable, incluso, se ha llegado a hablar de una “crisis de los derechos sociales” provocada en gran medida, por la “crisis del Estado Social.”

En todo caso, puede realizarse una breve evaluación de los derechos sociales en el aspecto de los resultados. Desde el punto de vista de los logros, resulta evidente que la aportación más fecunda de estos derechos consiste en el aumento de la igualdad de oportunidades a mayores sectores de la población como los trabajadores, campesinos, niños, mujeres, ancianos, desvalidos, disminuidos físicos y mentales, etc. El establecimiento de estas prioridades en el plano constitucional implicaba el aumento en la igualdad real en la sociedad que es uno de los presupuestos del constitucionalismo democrático.

Tampoco puede ser pasado por alto que la creación de las cláusulas sociales implica dotar de sentido más igualitario a la justicia que responda a la visión individualista que hasta entonces prevalecía. En este sentido, debe decirse que las cláusulas sociales insertadas en la estructura liberal permiten corregir el sistema sin abdicar de los presupuestos filosóficos-políticos del Estado liberal. Por ello, para el constitucionalismo social sigue siendo válido el principio de legalidad en el marco de condiciones que aseguren al mayor número de personas las posibilidades concretas y efectivas del goce de los derechos proclamados.

Precisamente, este aspecto de permanencia y continuidad de las condiciones de garantía del sistema liberal juntamente con el progresivo aumento de la regulación constitucional ha sido criticado por la doctrina. En efecto, estas críticas pretenden poner de manifiesto que el sistema tradicional de garantías no resuelve los problemas y contradicciones a que ha de verse

sometida la práctica económica y social. Para ello, se resalta por una parte, cuál es el significado y alcance de los nuevos derechos sociales y económicos y, por otra, la problemática que implica que el nuevo modelo de derechos se base en el mismo sistema de garantías establecido para los derechos y libertades.<sup>95</sup>

Sin embargo, la cuestión no está dilucidada y el problema queda pendiente de resolver, sobre todo cuando el contraste entre la norma y la realidad invalida estas cláusulas.

Otros estudiosos de la materia, han optado por una posición favorecedora de estos derechos, como Friedrich al decir que “no se puede seguir motejándolos de menos básicos o poner en tela de duda su aplicación. Todos los derechos tienen normas, y todas éstas quedan debajo del nivel óptimo de su puesta en práctica, ya que si no fuera así, ¿para qué serían necesarias?”. El autor defiende esta posición al afirmar que la difícil práctica y puesta en ejecución de tales derechos, incluso después de su proclamación, no los invalida; como tampoco el fracaso en lograr la proclamación de un derecho hace que éste desaparezca.<sup>96</sup>

Estas opiniones reflejan una posición generalizada de la doctrina de los derechos sociales,<sup>97</sup> al decir como Friedrich, que estos derechos no son menos o más que los primeros derechos (los de libertad), pues todos se relacionan

<sup>94</sup> NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Traducción de Roberto P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 25.

<sup>95</sup> Ver DE VEGA, Pedro, “La Crisis de los Derechos Fundamentales”, en *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, p.129. El autor propone que, para superar las desigualdades materiales y económicas de las posiciones de los individuos generadas por el surgimiento del corporativismo, se adopte la *Drittwirkung*, como correctivo de las formas de organización social. Idem, pp. 135 y 136

<sup>96</sup> FRIEDRICH, Carl J., *Gobierno Constitucional y Democracia*, IEP, Madrid, 1975, pp. 320-321. Dice este autor: “Es imprudente ridiculizar tales derechos socioeconómicos, porque en ocasiones los redactadores de sus correspondientes declaraciones o cartas se hayan dejado llevar del humanitarismo y, en su entusiasmo, previeran “vacaciones periódicas con pleno sueldo”, o aleccionaran para disfrutar de las bellezas de la naturaleza. Semejantes extravagancias son algo que aparece una y otra vez en la elaboración de los principios y las Constituciones de los Estados de la Unión Norteamericana ofrecen abundantes ejemplos de esto. La validez del principio en sí no se anula por la excesiva ampliación del mismo, aunque tal “reductum ad absurdum” constituya una herramienta favorita de la oratoria de los medios políticos. Idem, p. 332.

<sup>97</sup> En este sentido, por ejemplo, PECES-BARBA M., Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad de Murcia, 1981, p. 56, también en su obra *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1995; CASTRO CID, Benito de, “Los Derechos Sociales: análisis sistemático”, en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., p. 23.

con la tarea de permitir a un ser humano completarse a sí mismo y desarrollarse plenamente.

Seguramente, las cláusulas económicas y sociales no son ni pueden ser equiparadas a la fórmula que resuelva todos los males. No constituyen por sí mismas el bienestar que proclaman para todos, ni pueden tampoco repartir lo inexistente. Pero probablemente- y, sobre todo para los fines de esta investigación, lo que sí pueden hacer los derechos reconocidos en ellas es dar cauce al orden constitucional.

Planteados aquí algunos de los beneficios que trajo consigo la constitucionalización de los derechos sociales convendría detenernos en resaltar lo que se ha llamado “crisis de los derechos sociales” a efecto de hacer nuestra evaluación integral.

Los más escépticos respecto de los derechos sociales han afirmado que las constituciones recargadas con extensas y detalladas cláusulas económicas y sociales han pasado a ser verdaderos “catálogos de ilusiones” para el consumo electoral o para la recreación de expectativas comunitarias.

En cuanto a la práctica, la puesta en marcha del modelo constitucional en el mundo no ha sido igual en todas partes. En nuestro país y en América Latina en general, el avance ha quedado suscrito por las marcadas diferencias entre la tendencia al idealismo jurídico que desconoce totalmente la realidad de su entorno o que se ha quedado atrás en su desarrollo.

No debemos perder de vista tampoco que al constituirse los derechos sociales como prestaciones exigibles a los poderes públicos, el Estado obligado a satisfacer estas exigencias se convierte en un Estado saturado administrativamente y con problemas financieros.

En consecuencia, el modelo político que constituyó el Estado Social desmoronado por la crisis económica de los años 70, trajo como consecuencia que las aspiraciones de pleno empleo, de bonanza económica e igualdad social quedaran en entredicho. Sobre todo, marcaron un hito las propuestas de regreso al liberalismo con la aparición de literatura que condenaba el fracaso

del modelo.<sup>98</sup> Con esto, se presentaron las primeras manifestaciones de que los derechos sociales estaban en peligro.

Así, puestos a evaluar el modelo constitucional social, es posible decir que los derechos económicos y sociales presentan las manifestaciones más críticas que afectan su carácter normativo-constitucional en dos ámbitos. El de los derechos, con implicaciones socio-políticas, económicas y jurídicas que provocan la devaluación de los derechos sociales como categoría constitucional. El otro ámbito, el de los poderes públicos, evidencia los problemas para puesta en marcha de los derechos sociales. En suma, se trata de múltiples factores estructurales e institucionales que hacen parecer imposible la tarea de superar o conciliar las tensiones en juego.

El desarrollo del Estado Social no es tema que nos ocupe aquí, pero dada la consubstancialidad de ambos fenómenos -Estado Social y derechos sociales- en el constitucionalismo, habrá que de referirnos a él, sobre todo por los problemas que surgen a partir de la operatividad de estos derechos.

Efectivamente, aún ahora, la preocupación dominante es la de obtener la aplicación de los derechos proclamados. Por eso, puede decirse que el mayor déficit de las cláusulas económicas y sociales reside en el problema de su operatividad. Esta falta de operatividad que acusan los derechos sociales es comunmente atribuida a su especial estructura jurídica.

En tal sentido, un sector de la doctrina afirma que el déficit jurídico de las normas sociales viene dado por la formulación constitucional que asumen, principalmente, como mandatos al legislador. Esta formulación programática que los distingue supone entender las dificultades que presentaron en su configuración. Como se ha visto, la inclusión de los derechos sociales en las constituciones es producto de conciliaciones y largos debates entre el anterior modelo liberal y su régimen de garantías y las reivindicaciones de los sectores obreros y campesinos que fraguaron los movimientos revolucionarios.

Sin duda, la incipiente novedad constitucional y las nuevas funciones asumidas por el Estado propiciaron que los derechos fueran diferenciados de los tradicionales derechos de libertad y que tanto su protección como su desarrollo se encomendara a los poderes públicos.

---

<sup>98</sup> Son significativas del momento las obras de Rawls, Habermas, O'Connor, y posteriormente,

En mi opinión, no puede hablarse de fracasos ni de crisis de los derechos, lo que parece quedar evidente son las dificultades de identificación y aceptación que aquejan a estos derechos constitucionales. Esto, al hilo de la primera parte de nuestra investigación, nos lleva a plantear los principales problemas (capítulo III) para la efectividad plena de los derechos sociales con miras a analizar las posibilidades de su operatividad jurídica plena en sede de la justicia constitucional (capítulo IV).

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LAS DIFICULTADES PARA LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES**

#### **A. Introducción**

Una de las consecuencias más notorias de la plasmación constitucional de los derechos sociales consiste en el reconocimiento de un ámbito social cuya procuración recae en gran medida en el Estado.

Sin embargo, la amplia variedad de realidades que se incluyen en este ámbito social hace difícil señalar un rasgo definidor de los derechos sociales. Y es que, como hemos visto en las declaraciones de derechos y textos constitucionales, los derechos sociales son un grupo heterogéneo de derechos con numerosas ambigüedades e incertidumbres que no hacen más que constatar la pluralidad de aspectos que atañen a estos derechos. De hecho, la doctrina más autorizada ha puesto de manifiesto las dificultades que surgen para obtener una caracterización que los distinga como verdaderos derechos fundamentales.

Pero no sólo eso, los derechos sociales son cuestionados también por una supuesta debilidad jurídica que se manifiesta en su falta de eficacia. Por ello, frente al amplio catálogo de contenidos agrupados como derechos sociales, que se hizo referencia en el capítulo anterior, es posible encontrar argumentos que suponen serias dificultades para la eficacia jurídica de estos derechos.

No obstante, la importancia de estos derechos para el logro de una vida digna y el goce de las libertades hace de ellos una categoría compleja cuyo estudio no puede eludir el análisis de los problemas derivados de su peculiar composición y que afectan su plena realización.

Por tanto, en este capítulo intentaremos plantear los principales argumentos que sostienen la imposibilidad de hablar de derechos sociales. Desde diversos puntos de vista, estos argumentos señalan dificultades para la identificación y aceptación de los derechos sociales como verdaderos derechos. En general, pretenden desvirtuar el reconocimiento de los derechos sociales por su falta de protección y, por tanto, acentúan su debilidad jurídica.

Por ello, la finalidad de este planteamiento no es otra que demostrar que dichos obstáculos no son suficientes para negar su reconocimiento como categoría jurídico-constitucional.

Para alcanzar este objetivo analizaremos por una parte, lo relativo a los problemas de identificación de los derechos sociales como categoría de derechos, esto es, las dificultades que existen para delimitar sus contenidos y la falta de homogeneidad en el uso de un término que los distinga como tales.

Por otra parte, se analizarán las dificultades de aceptación de los derechos sociales como categoría jurídica desde dos perspectivas. Desde la perspectiva de los derechos se analizan los obstáculos de los derechos sociales en los ámbitos socio-político, económico y jurídico con el fin de averiguar su real valor en el ordenamiento constitucional. La segunda perspectiva se ubica desde el punto de vista de los órganos públicos, es decir, se estudian los distintos planteamientos que surgen en la materialización jurídica de los derechos sociales.

Creo que a partir de estos criterios, según veremos, es posible precisar las peculiaridades de los derechos sociales como categoría jurídico-constitucional y establecer, por tanto, sus posibilidades de protección.

Es indudable que tanto la delimitación constitucional de estos derechos como lo relativo a su aceptación como derechos eficaces son temas que suscitan gran polémica en el terreno constitucional. Sobre todo, lo que nos interesa subrayar es que en estos derechos se reflejan los principales problemas de la sociedad actual. Por ello, la sospecha de que los derechos sociales son algo menos que derechos y, por tanto, jurídicamente indefendibles ha propiciado el planteamiento de teorías y argumentos cuyo análisis resulta imprescindible y que abordaremos enseguida.

## B. Respecto a su delimitación constitucional

### 1. Delimitación de su contenido. ¿De qué derechos estamos hablando?

Uno de los más importantes problemas de los llamados derechos sociales es la delimitación de su contenido para insertarles en el concepto de derechos fundamentales. La tarea no es fácil si tomamos en cuenta que los

criterios que se utilizan para delimitar estos derechos son tan variados como su propia configuración. Veamos enseguida algunos de estos criterios a fin de precisar de qué derechos estamos hablando y, posteriormente, intentar ubicarlos en el concepto de derechos fundamentales.

Cuando nos avocamos a la tarea de precisar los contenidos de los derechos sociales, se encuentran al paso diversas tendencias para agruparlos como una categoría aparte de sus hermanos, los derechos individuales, civiles y políticos. En efecto, las líneas que definen estos trazos no son del todo nítidas y, sobre todo, su uso difiere según el punto de vista ideológico desde el que se les analice. En este sentido, puede decirse que los derechos sociales como categoría surgida posteriormente presenta dificultades de indentificación, como veremos.

**Criterio Generacional.** Es de uso común aludir a una categorización histórica de los derechos que ubica a los derechos sociales como derechos de tercera generación,<sup>1</sup> situándolos como derechos surgidos posteriormente a los derechos de libertad y a los civiles y políticos.<sup>2</sup> Sin embargo, la aceptación no es unánime. Es posible encontrar que los derechos sociales se ubiquen como derechos de segunda generación<sup>3</sup> y, por tanto, la tercera generación (cuarta para otros) acogería los llamados derechos de solidaridad. Aquí también existe cierta confusión pues en el grupo de los derechos de solidaridad se incluyen los derechos al medio ambiente, y de ciertos grupos de la sociedad como ancianos, niños, inmigrantes, mujeres, etc.

Ahora bien, como se puede observar en los catálogos constitucionales, e incluso internacionales, de los derechos sociales son tan amplios y variados que abarcan a todos los contenidos referidos sin hacer una distinción en lo

---

<sup>1</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto," en *Derechos y Libertades*, núm. 6, febrero 1998, p. 27.

<sup>2</sup> Aquí, hay que decir que no existe un criterio uniforme que precise los contenidos de los derechos en generaciones. Algunos autores, como Peces-Barba distinguen como primera generación a los derechos individuales y como segunda generación a los derechos civiles y políticos, dejando, por tanto, a los derechos sociales, económicos y culturales a la tercera generación de derechos. Otros autores, coinciden en señalar dentro de la primera generación tanto a los derechos individuales como a los civiles y políticos y dejan para la segunda generación a los derechos sociales. Ver PECES-BARBA M, G., cit., p. 28.

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos-Universidad de la Rioja, 1998, pp. 69-70; GARGARELLA, Roberto, "Primeros apuntes para una teoría de los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", en *Jueces para la Democracia*, núm.31, marzo 1998, pp. 11-15, especialmente, p. 11.



social o en la solidaridad, más bien, hace énfasis en el marcado acento social de los ordenamientos.

Como vemos, el enfoque generacional no es de uso uniforme en la doctrina y presenta dificultades tanto al intentar precisar los contenidos de los derechos sociales como también al ubicarlos como categoría generacional de los derechos.

Criterio según el Titular. En virtud de la gestación de los derechos sociales, sobre todo, tomando en cuenta el sujeto titular, se han asociado los derechos sociales a los derechos de los trabajadores. En este sentido, se destaca que la existencia de los derechos sociales deriva de la ruptura de los cuadros corporativos y el nacimiento de la gran industria y, con él, del proletariado. De ahí el surgimiento de un Derecho Social como disciplina que contiene las reglas e instituciones con la finalidad de proteger al trabajador.<sup>4</sup>

En este enfoque, los destinatarios de los derechos sociales son los trabajadores no en su significado de agrupación humana sino más bien en su dimensión de clase social,<sup>5</sup> es decir, de la clase obrera.<sup>6</sup> Por lo que se incluyen en esta categoría el derecho al trabajo y los demás derechos relacionados como la seguridad social y las condiciones del trabajo.

Puede apreciarse que, desde el punto de vista de los trabajadores, la delimitación de los derechos sociales es restrictiva. Con ello, se pone de manifiesto la insuficiencia del enfoque, pues no es inútil recordar que el catálogo de los derechos sociales si bien en sus inicios se configuró como protección especial a los trabajadores, también es cierto que el ámbito social de protección se abrió a otros grupos sociales con posiciones menos favorecidas en la sociedad.

Criterio de Igualdad. Otro criterio de referencia para delimitar los derechos sociales es aquel que los sitúa como derechos de igualdad. En esta visión de los derechos, se considera que el punto de partida es la desigual distribución de la riqueza y que impide que las personas puedan satisfacer por

<sup>4</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Tratado Elemental de Derecho Social*, EPESA, Madrid, 1948, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> CASTRO CID, Benito de, "Los derechos sociales: análisis sistemático", en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad de Murcia, 1981, p.14.

<sup>6</sup> En este sentido, BURDEAU, G., *Les libertés publiques*, LGDJ, París, 1972, p. 370.

sí mismas sus necesidades básicas.<sup>7</sup> Es decir, estas posiciones parten de las diferencias para proporcionar derechos a quienes están en inferioridad de condiciones, básicamente, condiciones económicas.

Ruiz Miguel, por ejemplo, plantea la diferenciación para la igualdad, como un medio para una sociedad más justa donde se trate desigualmente a los desiguales con objeto de ayudar a los más desfavorecidos.<sup>8</sup> Prieto Sanchís, por su parte, ha destacado que la adscripción de los derechos sociales a la igualdad no significa una división cualitativa respecto de los derechos civiles.<sup>9</sup> Su punto de vista más bien se avoca a utilizar la igualdad substancial para construir igualdades de hecho mediante un tratamiento jurídico diferenciador.

El criterio con base en la igualdad ayuda a delimitar el contenido de los derechos sociales porque incluye en él a todos aquellos contenidos que tengan como finalidad la igualdad material en los ámbitos de la vida social, económica y política. Con ello, la visión que proporciona este enfoque es más amplia porque no se especifican los contenidos. Tal vez porque la igualdad es vista más como criterio de fundamentación de los derechos sociales que como criterio diferenciador. En este sentido, autores como Pérez-Luño, fundamentan los derechos sociales en la igualdad al sostener que, pese a su heterogeneidad, dichos derechos tienen como punto común de referencia el dirigirse a pormenorizar las exigencias derivadas del principio de igualdad.<sup>10</sup>

Criterio Internacional. Desde el punto de vista del derecho internacional, como vimos en el anterior capítulo, se hace referencia al reconocimiento de los derechos sociales en diversos instrumentos internacionales y bajo diversas formas. Sin duda, el texto más significativo es el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. En dicho pacto se establecen contenidos tan variados que van desde el derecho al trabajo hasta el derecho a la cultura.<sup>11</sup> De hecho, la enumeración que hace de los derechos no ayuda en mucho a encontrar una variable que los agrupe. Así tenemos los derechos del

<sup>7</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., cit., p. 31.

<sup>8</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad como diferenciación," en *Derechos de las Minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 286-287.

<sup>9</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial," en *Revista del CEC*, núm. 22, septiembre-diciembre 1995, p.18.

<sup>10</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, enero 1982, p. 257.

trabajo, seguridad social, huelga, sindicación, menores, familia, madres asalariadas, educación, cultura, progreso científico, salud, protección contra el hambre, medio ambiente, derechos de autor, etc.

En la misma fecha se celebró el Pacto relativo a los derechos individuales, civiles y políticos. La diferenciación entre los derechos se vio menguada posteriormente, con la Convención de Viena celebrada en 1993, en la que se proclamó la indivisibilidad e interdependencia de ambas categorías de derechos. Con esto, se vino a poner de manifiesto que entre ambas categorías de derechos no existían diferencias de ningún orden desde el punto de vista de su reconocimiento y protección.

Desde luego, la extensa y variopinta inclusión de derechos en el plano internacional dan cuenta del catálogo de derechos sociales reconocidos por la comunidad internacional. Por lo cual, este enfoque puede servir de referencia para precisar los contenidos de los llamados “derechos sociales”. Sobre todo, si tomamos en cuenta que el pacto internacional agrupa contenidos no sólo de índole social sino también hace referencia a aspectos económicos y culturales.

**Criterio Prestacional.** Otro criterio de delimitación de los derechos sociales es común encontrarlo en la asimilación de los derechos sociales con los derechos prestacionales. Al analizar el elemento prestacional hay que tomar en cuenta que es, quizás, la característica más importante que defina estos derechos por las implicaciones que conlleva en su efectividad.

En este sentido, se considera que los derechos sociales consisten en obtener del Estado acciones positivas que se traducen en la prestación de algún bien o servicio.<sup>12</sup> En efecto, el punto de vista de este enfoque resalta que los derechos sociales consisten en la creación de obligaciones positivas del Estado para con los individuos o los grupos en orden a garantizar adecuadamente los sectores económico y social de la vida colectiva.<sup>13</sup>

Sin embargo, aceptar lisa y llanamente este criterio nos llevaría a negar la inclusión en esta categoría de ciertos derechos como el derecho de huelga o la libertad sindical. Derechos que presentan una configuración propia de los

---

<sup>11</sup> Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Texto tomado de: [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>12</sup> Ver COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 46.

<sup>13</sup> CASTRO CID, B. de, cit., p. 15.

derechos de libertad, a pesar de haber sido positivizados constitucionalmente como derechos sociales. Su satisfacción se obtiene antes por una abstención que por una intervención de los poderes públicos, incluso, podrían considerarse como derechos de libertad de ejercicio colectivo.<sup>14</sup>

En efecto, la categoría de derechos prestación no ayuda mucho a delimitar los derechos sociales. Por ejemplo, el derecho a la asistencia letrada, es típicamente un derecho de seguridad jurídica, pero al mismo tiempo contiene el elemento prestacional y es de naturaleza económica. Como puede apreciarse, el derecho a la asistencia letrada tiene naturaleza prestacional pero nadie se atrevería a afirmar que este derecho forme parte del catálogo de derechos sociales.

Simplemente, el derecho a la tutela judicial efectiva nos ayudará a entender la complejidad que acusa el término. Se trata de un derecho prestación, porque implica la obligación del Estado de poner en marcha la organización y funcionamiento de los tribunales; es un derecho de claro componente económico, porque implica la asignación de recursos del presupuesto del Estado para llevarlo a la práctica; y, es un derecho de seguridad jurídica, por el contenido insito que lo fundamenta, la impartición efectiva de la justicia. Desde luego, el derecho a la impartición de justicia es considerado como derecho de seguridad jurídica, propio de los llamados derechos de libertad. Pero esta circunstancia no desmerita el hecho de que en su análisis se sustraiga el elemento prestacional que le caracteriza y, por tanto, el derecho fundamental de libertad implique también obligaciones prestacionales.

Otra circunstancia relevante a considerar es que existen derechos prestacionales bajo la forma de restricciones a la autonomía de la libertad contractual. Concretamente, derechos que se refieren a las relaciones laborales, es decir, los derechos de jornada máxima, descansos, seguridad e higiene, vacaciones, etc. En este caso, se trata de mandatos destinados a los patrones y empleadores cuya tutela se confía a los poderes públicos. Sin embargo, obsérvese aquí que el derecho constituye más una abstención que

---

<sup>14</sup> PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático," en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto 1998, UNAM, pp.442.

un hacer por parte del Estado. Sólo la infracción a la norma constitucional, ya sea por los particulares o por el legislador, propiciaría la tutela judicial.

De lo dicho se colige que el criterio prestacional facilita en gran medida la delimitación de los derechos porque hace referencia a la acción positiva del Estado frente a determinados situaciones de necesidad económica o social. Sin embargo, como se ha visto, el elemento prestacional no es el único, aunque sí de gran importancia, en la configuración de los derechos sociales. Esta importancia se advierte sobre todo porque la dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige transferencia de recursos y, por lo tanto, genera reticencias cuando se pretende garantizarlos jurídicamente.

Esta particularidad, sin embargo, no es exclusiva de los derechos sociales prestacionales, hay que tomar en cuenta que contenidos de índole liberal, como la impartición de justicia por los tribunales, representa altos costos para el presupuesto estatal.

En consecuencia, cabe decir que el elemento prestacional no es exclusivo de los derechos sociales, sino que, en general, se aplica a los fines del Estado incluyendo a los derechos individuales, civiles y políticos. Como ha señalado Gómes Canotilho, el derecho a una prestación es un concepto amplio que consiste en el derecho de exigir un acto positivo de los poderes públicos. De tal suerte que la noción prestacional implicaría, por ejemplo, pedir protección frente a otros ciudadanos, obtener la organización y funcionamiento del aparato estatal para llevar a cabo ciertas actividades (como el derecho de participación política o una instancia administrativa) o bien, el obtener ciertas prestaciones como subvenciones por desempleo, protección de la salud, etc.

La anterior afirmación tiene sentido si se considera que los derechos sociales no sólo son derechos a exigir prestaciones a los poderes públicos, sino que también adquieren la forma de los tradicionales derechos de libertad como el derecho de huelga, de sindicación, a la educación, etc., o bien, como derechos de tipo finalista, es decir, normas que prescriben objetivos y principios a seguir por el Estado, conocidas también como normas programáticas.

Por lo tanto, adoptar el criterio prestacional como criterio para delimitar los contenidos de los derechos sociales implicaría asumir una concepción restringida y excluyente de las normas constitucionales de naturaleza social.

Criterio Económico. Este criterio está presente al momento de configurar los contenidos de los derechos sociales. Hemos visto cómo los textos constitucionales, más concretamente, a partir de Weimar en 1919, han incorporado derechos de naturaleza económica (como la equitativa distribución de la riqueza) con claras tendencias igualitarias y de protección a los sectores más vulnerables de la sociedad. -

Desde esta perspectiva, es relevante notar que los derechos sociales sean considerados como correctivos de situaciones derivadas de las desigualdades económicas y sociales. Así, en opinión de Nino, los derechos sociales representan un necesario complemento de los derechos económicos. Para el autor, los derechos sociales pueden verse como un indispensable correctivo frente a las falencias de los derechos económicos, ya sea en lo que hace a la deficiente distribución equitativa de la propiedad y de la libertad de trabajo, comercio o industria, o en lo que se refiere a un ejercicio de esos derechos que no contempla las necesidades de los menos favorecidos.<sup>15</sup>

Sin embargo, la dificultad de este criterio viene dada por considerar como elemento definidor la intervención estatal en la economía como forma de asegurar los derechos. Sobre todo, si se considera que estos derechos parecen estar reñidos con la libertad de empresa, de contratación, de comercio, etc. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad ha sido objeto de discusión pues su realización depende de múltiples variables que no siempre llevan a considerarlo como de naturaleza prestacional y, sobre todo, porque parece entrar en completa colisión con los derechos de libertad.<sup>16</sup>

Pero sobre todo, las dificultades de este criterio radican en su carácter excluyente. Esto significa que, a pesar de la importancia de los contenidos económicos en la consecución de los objetivos de justicia y distribución de la riqueza que animan a estos derechos, no es posible utilizar el componente económico como criterio definidor de los derechos. Simplemente, porque no todos los derechos reconocidos en el catálogo de derechos sociales comparten

<sup>15</sup> NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 397.

<sup>16</sup> Por ejemplo, para Peces-Barba, el derecho de propiedad no es un derecho económico, social y cultural porque no pretende satisfacer una necesidad básica de personas con carencia, sino que, por el contrario, pretende proteger el derecho existente de una persona sobre un bien material. Para el autor, "se trata de un derecho de los que poseen mientras que los derechos

esta naturaleza. Siguiendo a Bassols Coma, dentro de esta categoría de derechos se encuadran los derechos de propiedad, de libre empresa y lo relativo a la actividad y planificación económica previstos por el ordenamiento constitucional.<sup>17</sup> Esta enunciación, deja fuera, obviamente, los derechos de huelga, de sindicación, de seguridad social, de las condiciones del trabajo, etc.

En concreto, los derechos-económicos forman parte del concepto de derechos sociales, aunque no todos los derechos sociales sean derechos económicos.

**Criterio Colectivo.** Este enfoque delimita los derechos sociales a los derechos de ciertos grupos de la sociedad. Es decir, la atención se fija en el sujeto pero aquí entendido en su dimensión colectiva, así tenemos los derechos propios de los trabajadores, minorías, familia, mujeres, ancianos, desvalidos física y mentalmente, etc.

Para explicar este punto de vista, se hace énfasis en que la protección originalmente dispensada al trabajador ha variado de tal forma que hoy el problema básico es la consecución de trabajo, por tanto, la protección se ha extendido a las llamadas clases pasivas, o a los llamados “nuevos pobres”.<sup>18</sup>

Como se aprecia, este criterio tiene la gran virtud de aludir a la protección de los grupos de la sociedad carentes de los recursos necesarios. Con lo cual, pone claramente de manifiesto la protección colectiva que constituye una de las claves del Estado Social. De este modo, los derechos sociales se convierten en normas que exigen la gestión pública en el orden económico y social, en las cuales el interés colectivo ocupa un importante lugar.

De hecho, un sector de la doctrina ha puesto de relieve el problema de la titularidad de los derechos sociales. De ahí que en el pensamiento de Contreras, los derechos sociales sean exigibles únicamente en el plano individual<sup>19</sup> o para Gurvitch lo sean en el plano colectivo.<sup>20</sup> Mientras que otros

---

sociales, económicos y culturales son derechos para los que carecen. Actúa como una libertad, es un derecho protector, salvo la institución de la expropiación”. Cit., p. 27.

<sup>17</sup> BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 109-ss.

<sup>18</sup> El término es utilizado por BALLESTEROS, Jesús, en “Los derechos de los nuevos pobres”, en Ballesteros, Jesús (Ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 137.

<sup>19</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 29.

autores como Rodríguez defienden una titularidad ambivalente.<sup>21</sup> Ciertamente, los derechos sociales no solamente apuntan a la defensa de intereses grupales; como tampoco lo están para defender los intereses individuales. No hay que perder de vista, que la formulación de los derechos sociales como instrumento para fortalecer la dignidad y el desarrollo integral de la persona implicó intereses grupales. Por lo que la falta de pertenencia material a un ente colectivo en concreto, imposibilita a un individuo para obtener determinadas prestaciones estatales.

Por lo que a nosotros interesa aquí, puede decirse que es aplicable a este enfoque lo dicho respecto del criterio prestacional. Es decir, los derechos sociales no son únicamente derechos de grupos desfavorecidos de la sociedad, sino también derechos de naturaleza individual, como la huelga, la educación y sobre todo, resulta dudoso que la titularidad de estos derechos sea únicamente colectiva o individual. Más bien, siguiendo a Cossío, creo que no se pueden esquematizar los derechos como exclusivos de una determinada titularidad, pues resulta una categoría tan compleja que no permite un tratamiento uniforme.<sup>22</sup> Parece que este enfoque más que aclarar oscurece el planteamiento sobre los contenidos de los derechos sociales. En todo caso, el criterio es útil para planteamientos que hagan referencia a la titularidad de ejercicio de los derechos más que a la delimitación los contenidos.

Algunos autores como Burgoa han restringido los sujetos destinatarios al decir que los derechos sociales están constituidos por la clase trabajadora y la campesina.<sup>23</sup> El autor al estudiar las garantías sociales hace referencia a los

---

<sup>20</sup> Cit., por BOBBIO, Norberto, "Gurvitch y los derechos sociales", en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp 27 a 35, especialmente, p. 34. En esta visión de los derechos sociales es de resaltarse la aportación de Gurvitch, quien en su Declaración pretende fundar la garantía de los derechos sociales no sobre los principios considerados insuficientes del Estado liberal, sino sobre el principio informador en una sociedad pluralista de la limitación recíproca y del equilibrio de los grupos. En efecto, para Gurvitch el hombre no debe ser considerado como un ente abstracto sino en las muchas y variadas actividades sociales, es decir, como productor, consumidor, ciudadano.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los Derechos Sociales en la Constitución Abierta*, Comares, Madrid, 1997, p. 258.

<sup>22</sup> COSSÍO DÍAZ, J. R., cit., p. 45 El autor menciona 4 clases de titularidad que la doctrina ha señalado para el caso de los derechos sociales: colectiva, la general social, la individual y la titularidad tanto de grupos como de personas.

<sup>23</sup> BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Porrúa, México, 1998, p. 699. Para este autor, los sujetos de las garantías sociales son las clases sociales carentes de poder económico o de los medios de producción, por lo tanto, limita los sujetos de estos derechos a la clase trabajadora frente a la clase capitalista o detentadora de los medios de producción.



aspectos relacionados con el trabajo (art. 123) y la materia agraria.<sup>24</sup> El profesor mexicano señala que los sujetos de garantías sociales son los trabajadores y los campesinos por su débil posición económica y cultural dentro de la sociedad.

Ahora bien, lo cierto es que si estos aspectos sociales fueron relevantes en el constitucionalismo social mexicano, ciertamente no se pueden reducir los derechos sociales a los derechos propios de la clase trabajadora por ser una clase económicamente débil, como distingue Burgoa, pues entonces quedarían fuera derechos que protegen a otros colectivos (mujeres, ancianos, menores, juventud, desvalidos, etc.), que, sin duda, forman parte del extenso y heterogéneo catálogo de derechos sociales que se recogen en las constituciones.

Para constatar lo anterior basta con mirar las declaraciones del texto constitucional portugués o el colombiano, por ejemplo, que establecen protección especial para los grupos más vulnerables de la sociedad no sólo en su aspecto económico, sino también en relación con la vida social de una nación. En el caso de México, donde a pesar de la inclusión tardía de los derechos que protegen la familia, los menores, los indígenas, etc., se recogen estas aspiraciones sociales en la variopinta configuración del art. 4 constitucional dentro del Capítulo de las Garantías Individuales.

Criterio de asimilación. Existe otro criterio que pretende establecer un continuo entre los derechos de libertad y los sociales. Me refiero a aquellas tendencias que argumentan que no cabe establecer una contraposición rígida entre ambas categorías de derechos. En tal sentido es como tesis progresistas señalan que entre ambas categorías de derechos no debería haber diferencias, lo que pone de manifiesto que tanto una categoría como otra son demasiado heterogéneas como para dar por sentada una radical distinción sin mayores matizaciones.

Los autores que se inclinan por la interrelación entre los derechos individuales o de libertad y los sociales sostienen que no procede trazar una

---

Recuérdese que en la Constitución Mexicana, lo relativo a los derechos del trabajo y previsión social se encuentran establecidos fuera del Capítulo dedicado a las Garantías Individuales.

<sup>24</sup> Idem, p. 706 y ss. En este aspecto, el autor refiere a los problemas de la clase campesina y al régimen de propiedad previsto en el Art. 27 de la Constitución (Véase capítulo anterior)

separación estricta ni en su fundamentación ni en su formulación jurídica,<sup>25</sup> y que es más defendible la del continuo entre derechos liberales y sociales<sup>26</sup> a pesar de que tanto las técnicas de protección como la naturaleza de los bienes son diferentes, sin embargo, no dudan en señalar que tanto una categoría como otra no pasan los filtros para su diferenciación radical.

Esta particularidad ha sido criticada desde la doctrina al señalar que no se trata de derechos diferentes a los derechos a la vida, la integridad corporal y a los demás derechos individuales que protegen bienes necesarios para la autonomía personal. Generalmente, los derechos sociales se refieren a condiciones ulteriores a las que eran tomadas tradicionalmente en cuenta para preservar esos mismos bienes.<sup>27</sup>

Sin embargo, desde posiciones más conservadoras se han alzado críticas que, frente a la faceta de derechos de grupos, contraponen los derechos sociales a los derechos individuales, con independencia de sus orígenes históricos y a sus contenidos. Lo que induce a pensar que los derechos sociales se enfrentan a los tradicionales derechos individuales, y que lo hacen por el hecho de no ser gozados por individuos sino por grupos, o por presuponer la inserción social como condición necesaria de su título a ellos.

Con estas posturas, es posible decir que la delimitación de los contenidos de los derechos se hace más densa, pues al pretender asociarlos, hace menos nítidos los parámetros del contenido. Esta asimilación, no significa, obviamente, eliminar de tajo las diferencias que existen entre ambos derechos e impedir la materialización de la igualdad sustancial por medio de los instrumentos jurídicos necesarios.

En suma, los diversos criterios apuntados ponen en evidencia las dificultades que existen para acotar el contenido de los derechos sociales. En efecto, como señala Castro Cid, son tan parciales que ninguno de ellos es capaz de dar por sí, una explicación satisfactoria de la mayoría de los derechos sociales.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 90 -ss

<sup>26</sup> RUIZ MIGUEL, A., "Derechos liberales y derechos sociales", cit., p. 654.

<sup>27</sup> Idem, p. 398. En el mismo sentido RUIZ MIGUEL, A., "Los derechos liberales y los derechos sociales," en *DOXA*, Núms. 15 y 16, vol. II, 1994, pp. 653-654.

<sup>28</sup> CASTRO CID, B. de, cit., p. 15.

Sin duda, esta situación de desconcierto doctrinal<sup>29</sup> es el resultado de enfoques que, como hemos visto, derivan de posiciones filosófico-políticas que parten de presupuestos determinados que contribuyen a intensificar la incertidumbre que rodea a los derechos sociales. De esta manera, los contornos que definen estos derechos se verán marcados por el enfoque desde el que se opte.

Así las cosas, convendría cuestionar si esta situación de vaguedad e incertidumbre permanecerá en un futuro, o bien, cabe esperar, como han planteado algunos autores, un grado de desarrollo como el que han tenido los derechos de libertad. Pero, en todo caso, lo que sí parece inexcusable es plantear una visión integral de estos derechos que nos permita identificar de qué derechos estamos hablando para precisar el problema de su contenido.

En este sentido, y con las reservas que imponen las simplificaciones, puede decirse que hablamos de derechos sociales cuando se hace referencia a los siguientes contenidos:

a) Los derechos que surgen de la crisis del estado liberal y encuentran acogida en el Estado Social. Cabe decir que los derechos sociales tienen un carácter histórico y variable según el proceso de la sociedad política, es decir, dependen del grado en que las instituciones políticas se hayan desarrollado. Aquí caben las normas constitucionales que hablan de los objetivos o fines del Estado democrático y social, sean de naturaleza económica o social.

b) Los derechos constitucionales que nacen para proteger el trabajo y regular las condiciones del mismo, es decir, se habla de derechos al trabajo, salarios mínimos, huelga, sindicación, jornada, vacaciones, etc.

c) Los derechos constitucionales de los grupos desfavorecidos de la sociedad y con un bajo nivel de participación democrática: niños, ancianos, mujeres, familia, minorías, etc.

d) Los derechos constitucionales de naturaleza prestacional, es decir, que imponen directamente obligaciones positivas al Estado, como los derechos a la salud, seguridad social, vivienda, medio ambiente, cultura, educación, etc.. Con las salvedades ya comentadas, por una parte, los derechos sociales que implican comportamientos propios de los derechos de libertad, como la huelga o el derecho a la sindicación; y por otra parte, los derechos prestacionales

<sup>29</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F. J., cit., p. 16.

como la tutela judicial efectiva que no forman parte del catálogo de los derechos sociales y, sin embargo, pueden ser considerados derechos prestacionales.

En mi opinión, de la variedad de criterios referidos es posible derivar dos constantes que ayudan a identificar derechos sociales. Por un lado, la naturaleza prestacional de estos derechos y, por otro lado, la referencia a la protección de grupos más desfavorecidos de la sociedad. Con ello, se pone de evidencia el factor igualdad, en su sentido material, como correctivo de las desigualdades económicas y sociales y el elemento prestación, como el medio para hacer plenas las condiciones de igualdad en la sociedad.

## 2. El problema terminológico

La diversidad de contenidos plantea otro problema que hace difícil la delimitación conceptual de los derechos sociales: el problema terminológico. Aunque antes se hizo referencia a esta cuestión, por ahora sólo queremos subrayar que uno de los problemas que plantean estos derechos le viene proporcionado en parte por la imprecisión terminológica que les caracteriza.

Así, dependiendo del enfoque desde el que se estudie a los derechos sociales, la doctrina se refiere a este grupo de derechos como derechos prestación, derechos de igualdad, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los trabajadores, derechos distributivos, entre otros.

Sin duda, el término prestación o derechos prestacionales es uno de los que mayor acogida ha recibido por la doctrina. La preferencia le viene dada, según hemos visto, por atribuir a estos derechos uno de los rasgos característicos: el elemento prestacional o de crédito que les es propio a la mayoría de sus contenidos.

De este modo, autores como Cossío Díaz desecha la expresión “derechos sociales” al señalar que “tuvo una indudable importancia en el pasado, cuando se utilizó como “arma” política para incorporar derechos de nuevo cuño al catálogo de los clásicos derechos individuales. En aquel entonces, la contraposición individual/social expresaba un conflicto y lo caracterizaba apropiadamente.”<sup>30</sup> Por ello, opta por la expresión “derechos de igualdad o de prestación” pues, desde su punto de vista, permite ajustar el

problema de fondo, tanto en lo que se refiere al desarrollo de los valores postulados por la Constitución como al reconocimiento de los modos previstos para realizarlos.<sup>31</sup>

Sin duda, hay que resaltar que la virtud del término consiste en expresar claramente, por una parte, el elemento que definió la lucha por estos derechos, es decir, hace referencia a la finalidad de los derechos, su función niveladora en la sociedad y, por otra parte, da cuenta de la obligación impuesta a los poderes públicos desde la Constitución.

Sin embargo, a pesar de ser el rasgo más notorio de los derechos sociales, la crítica más fuerte al uso de esta expresión le viene dada porque dichos derechos incorporan contenidos que no implican propiamente derechos a exigir alguna prestación o servicio, como el derecho de huelga o el de sindicación, o los derechos de la jornada máxima, vacaciones, etc. Derechos que, más que una acción, implican una abstención por parte de los poderes públicos.

En consecuencia, al emplear la expresión “derechos de prestación” quedarían excluidos algunos de los derechos más importantes. Tal vez, la debilidad del término, como señala Martínez de Pisón, se acentúa al reducir lo específico de los derechos a un solo elemento y con ello, se conduce más a la exclusión que a la integración de la lista de derechos reconocidos en las declaraciones.<sup>32</sup>

Desde otra perspectiva más incluyente, se utiliza el término “derechos económicos, sociales y culturales”. Es común su empleo en materia internacional<sup>33</sup> y en los textos constitucionales.<sup>34</sup> En la doctrina su uso es generalizado por numerosos autores<sup>35</sup> que dan a la expresión un significado

<sup>30</sup> COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., p. 46.

<sup>31</sup> Idem, p. 47.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J., cit., p. 109.

<sup>33</sup> Ver por ejemplo, DÍEZ DE VELASCO, M., y SOBRINO HEREDIA, J.M., *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 17 - ss.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la Constitución de Portugal de 1976 (De los derechos y deberes sociales, económicos y culturales); la Constitución Colombiana de 1991 (Sección: De los Derechos Sociales y Económicos), la Constitución de Argentina de 1994 (De los derechos sociales y económicos).

<sup>35</sup> Por ejemplo, PECES-BARBA, G., cit.; GOMES CANOTILHO, J.J., cit., y también en “Metodología Fuzzy’ y ‘Camaleones Normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, febrero 1998, pp. 35-49; también véase CASTRO CID, B. de, cit., etc.

amplio pues se incluyen en ella los derechos de contenido social (cuestiones relacionadas con el trabajo y la protección al mismo, la educación, así como protección a colectivos desfavorecidos de la sociedad como los niños, los ancianos, mujeres, etc.); de contenido económico (se hace referencia a derechos como la propiedad y a aspectos de la vida económica de la sociedad, como la distribución de la riqueza); y de contenido cultural (como el acceso a la cultura, la protección al patrimonio histórico y patrimonial de los estados, etc.). Como se puede constatar, lo cierto es que bajo esta expresión se reúnen los diversos y heterogéneos contenidos que conforman la categoría.

Menos frecuentemente, se emplea el término “derechos de los trabajadores” aludiendo al origen de los derechos. Sin duda, el carácter histórico de los movimientos obreros o de trabajadores fue el impulso necesario para conseguir su constitucionalización y protección.

Sin embargo, como sabemos, el catálogo de los derechos se han ampliado de tal forma que los textos constitucionales no sólo recogen los derechos propios de los trabajadores sino que han extendido el ámbito de protección a otros grupos de la sociedad que se encuentran en situación desfavorable o bien, que no están plenamente representados sus intereses en los órganos encargados de tomar las decisiones. Me refiero, por supuesto, a los derechos de los ancianos, mujeres, menores, desvalidos, etc.

Precisamente, desde este punto de vista, el de los grupos, ha surgido otra expresión que identifica a los derechos de contenido social como “derechos colectivos”, en referencia a los titulares de los derechos y en contraposición de los derechos individuales, civiles y políticos. Sin embargo, hoy las críticas subrayan que la titularidad de los derechos sociales es individual en el sentido de exigir la prestación del Estado o el establecimiento de los servicios para el logro del bienestar general. Por lo que el empleo del mismo, nos daría una visión confusa de lo que proclaman estos derechos.

Es también habitual el uso del término de “derechos de igualdad” que hace referencia, precisamente, al valor que los fundamenta, la igualdad.

Finalmente, tenemos la expresión “derechos sociales.” Dicha expresión es de empleo común en la doctrina y, aunque no han faltado detractores que

acusar de obsoleto al término,<sup>36</sup> o bien critican su uso por la omisión de otras categorías de derechos como los económicos y culturales, la mayoría coincide en la conveniencia de su utilización porque recuerda el surgimiento histórico de estos derechos y su plasmación a niveles constitucional e internacional. En este sentido, son numerosos los ejemplos de constituciones que han adoptado esta expresión para incorporar en las declaraciones de derechos humanos los contenidos sociales hasta aquí vistos.

En suma, pueden hacerse las siguientes precisiones. Optar por expresiones como “derechos prestacionales” restringiría la visión de estos derechos al aludir únicamente a uno de los elementos que los caracterizan, si bien, el más importante desde el punto de vista de su efectividad, no es el único. Otros términos como “derechos de los trabajadores” o “derechos colectivos” son igualmente restrictivos, en tanto que “derechos de igualdad” evidencia sólo el fundamento de los derechos, pero no nos dice nada acerca de su contenido.

Desde nuestro punto de vista, parece que las expresiones que mejor recogen las aspiraciones que contienen estos derechos son las de “derechos económicos, sociales y culturales” y la de “derechos sociales”. Particularmente, la primera tiene la gran virtud de ser incluyente, y con ello, quedan zanjados muchos de los cuestionamientos que limitan su definición. Me uno a la segunda, porque mediante ella se da cuenta del objeto principal de estos derechos: el mejoramiento de las condiciones sociales de los grupos o las personas más débiles de la sociedad.

Sin duda, a la expresión “derechos sociales” puede cuestionársele el no definir claramente los contornos de estos derechos, pues quedarían fuera derechos que no tienen el componente social como los de contenido económico o los culturales, incluso, podrían quedar afuera aquellos contenido de naturaleza liberal como el derecho de sindicación o de huelga. Esta situación nos llevaría de nuevo al problema de la vaguedad e indefinición que acusa esta categoría de derechos.

Sin embargo, puede decirse que desde nuestra perspectiva, de la realización de los derechos, la expresión “derechos sociales” es más apropiada porque el componente “social” hace referencia a la finalidad principal de estos

---

<sup>36</sup> COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., p. 46.

derechos pues hace alusión al pleno desarrollo de las libertades y de la igualdad mediante la mejora de las condiciones de vida de ciertos sectores sociales de una comunidad. Con ello, el elemento prestacional queda incluido como medio para llevar a cabo dicha finalidad.

Resumiendo, por un lado, el empleo del término “derechos sociales” se hará desde un punto de vista inclusivo e integrador de los contenidos que hemos señalado en los textos constitucionales, es decir, por derechos sociales se entienden los derechos que integran el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, el término derechos sociales implica la existencia de los elementos característicos más notorios de esta categoría de derechos son: el elemento prestacional y la igualdad.

Una vez llegados a este punto y precisados los contenidos de los derechos de los que estamos hablando y su terminología, pasemos a analizar las dificultades que presenta esta categoría de derechos para su aceptación como verdaderos derechos fundamentales.

### C. Respecto a su valor y posición constitucional

#### 1. Planteamiento: ¿Los derechos sociales son derechos fundamentales?

El problema de la delimitación de los contenidos coincide sustancialmente con el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos sociales porque nos lleva a cuestionarnos si esos contenidos son derechos subjetivos propiamente dichos o simplemente difusas expectativas de derechos.

Las incertidumbres en la materia dejan evidente que los derechos sociales han de enfrentarse a los argumentos que ponen en entredicho su naturaleza jurídica, pero además, gozan de la problemática impuesta por los condicionantes económicos y políticos que reflejan la falta de desarrollo y eficacia que han alcanzado estos derechos.

Estas particularidades de los derechos sociales no mermán la importancia histórica que subyace a estos derechos y que debemos tener presente en el análisis: los derechos sociales aparecen como producto de la lucha por implantar la igualdad económica y social en la organización de las relaciones sociales.



Pues bien, esta función nos lleva a intentar determinar cuál es el valor constitucional que estos derechos tienen. Para ello, la doctrina se centra en analizar el carácter o naturaleza jurídica de las disposiciones normativas que proclaman los derechos sociales.

La anterior afirmación puede encontrar explicación si se repasan los términos de este debate. Por un lado, existen posiciones doctrinales que afirman el carácter plenamente jurídico de estos derechos y aunque la mayoría de los autores coinciden en darle un alcance parcial o condicionado, no niegan el raigambre jurídico de los derechos sociales en virtud del amplio grado de aceptación que han conseguido en los textos constitucionales.

Por otro lado, un sector de la doctrina apunta en el sentido de que los derechos sociales no constituyen derechos fundamentales. Como ha señalado Gomes Canotilho, la saturación de la dogmática de los derechos prestación conducen a inquietantes sugerencias intencionalmente dirigidas a la exclusión de estos derechos del discurso normativo-constitucional.<sup>37</sup>

Los argumentos que niegan los derechos sociales vienen dados de diferentes enfoques. Así, aparecen planteamientos que señalan las dificultades de la configuración de los derechos sociales en relación con los problemas del Estado Social. En este sentido, parece inevitable distanciar la llamada crisis del Estado de Bienestar de las consiguientes dificultades de los derechos sociales y económicos en su proceso de realización definitiva. Lo que ha impulsado a distinguir a los derechos sociales como económicamente irrealizables y sujetos a las decisiones políticas.

Desde la perspectiva neoliberal se ha dicho que los derechos sociales entran en colisión con los derechos de libertad, mermando por consiguiente, el sagrado ámbito de libertad intocable por los poderes públicos. La defensa de las libertades, como se verá, no deja lugar a los derechos sociales y económicos colocándolos en el plano político.

Sobre todo, y en lo que concierne a nuestro estudio, existe un enfoque que reduce el estudio de la naturaleza jurídica de los derechos sociales a la determinación del alcance o eficacia que estos derechos tienen. Este punto de vista afirma que los derechos sociales no poseen los caracteres de los

---

<sup>37</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., " 'Metodología Fuzzy' y 'Camaleones Normativos' en la problemática actual....", cit., p. 36.

propiamente derechos puesto que carecen de aptitud para ser eficaces. Este argumento ha servido de base para mantener la tesis de que los derechos sociales no son verdaderos derechos fundamentales. Sin embargo, como veremos enseguida, esta argumentación y las que le acompañan, no son lo suficientemente fundadas en su afán de desvirtuar los derechos sociales. Para demostrar lo anterior, se analizarán los términos de esta discusión desde tres ámbitos: el socio-político, el económico y el jurídico.

## 2. Las críticas en el ámbito socio-político en la configuración de los derechos sociales.

Los argumentos que niegan los derechos sociales desde el ámbito socio-político se refieren a las dificultades que enfrentan estos derechos en relación con las inconsistencias del Estado Social. Como afirma Pérez-Luño, los derechos sociales y el Estado social de Derecho están plenamente implicados, son dos aspectos mutuamente condicionados. Por ello, si se habla de críticas, de erosión económica, institucional y cultural del Estado social no nos puede extrañar que todo eso no tenga sus repercusiones en el ámbito de los derechos sociales.<sup>38</sup>

Mucho se ha discutido sobre la crisis del Estado Social. Las enormes complejidades que trajo consigo la puesta en marcha de este modelo político dejaron ver que sus problemas fiscales, administrativos y, en general, institucionales pasaban factura a los derechos sociales, pues puso de manifiesto que la crisis del Estado social es un signo claro de la quiebra de estos derechos, ya que el Estado Social es la matriz en que se han gestado y desarrollado.<sup>39</sup>

En la llamada crisis del Estado social hay ciertos datos que confirman la debilidad de los derechos sociales. Por ejemplo, el progresivo debilitamiento del trabajo. Es cierto que el trabajo fue el motor que hizo posible la aparición de la primera legislación laboral y posteriormente su plasmación en los textos constitucionales, pero también lo es que, con los avances tecnológicos y de la

<sup>38</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique, "Los derechos sociales y sus críticos", en Theotonio V., y Prieto F., (Drs.), *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Etea, Córdoba, 1996, p. 39.

<sup>39</sup> CASTRO CID, B. de, "Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales"; en *Derechos y Libertades*, núm. 6, febrero 1998, p. 60.

ciencia, el trabajo sea considerado como un bien escaso, por tanto, no es posible su garantía a todos los ciudadanos.

En este sentido, autores como Barcellona han puesto de manifiesto que no es irrelevante el hecho de que, si bien en la etapa de la gran industrialización e incluso en la segunda revolución industrial (etapas del nacimiento y consolidación de gran parte de estos derechos) el trabajo era un recurso prácticamente inagotable y, por tanto, casi tan natural como el aire o el agua, en la época de la revolución tecnológica, ese trabajo se ha convertido en un bien cada vez más escaso.

Sobre todo, si consideramos que la capacidad representativa del movimiento sindical, y consiguientemente, su capacidad contractual, resulta modificada con la emergencia de impulsos corporativos o el reforzamiento de algunos sectores internos, paralelamente al debilitamiento de otros sectores. Por tanto, los sectores débiles y menos tutelados como los marginados, los desempleados, quedan fuera del juego y del cambio político.<sup>40</sup>

Esta situación de grave desempleo o subempleo que se observa en algunos países de Europa y Latinoamérica, y que hasta ahora no encuentra salida favorable, pone en riesgo que derechos como el trabajo, salarios adecuados, protección contra el desempleo, o la seguridad social, etc., sean considerados como verdaderos derechos si su realización no es efectiva, aún más, si no son judicialmente defendibles.

Desde este punto de vista pareciera en primera instancia que la crisis del Estado de Bienestar sirve como fundamento para sostener que los derechos sociales no son “verdaderos” derechos. Sin embargo, esta tesis ha de ser matizada.

Si bien es cierto que la organización social y política de las sociedades actuales muestran fracturas en puntos básicos -como las condiciones de una vida digna, la procura del bienestar y una recesión económica constante-, y que estas debilidades afectan directamente la posición jurídica de los derechos sociales al dejarlos como preceptos constitucionales con efectos meramente declarativos, también es verdad que estos mismos problemas, aunque con

---

<sup>40</sup> BARCELLONA, Pietro, “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social”, en Olivas, E., (Coord.) *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 36.

diferencias, han tenido y tienen aún los derechos individuales y no por ello se pone en duda su carácter de derechos.

Por ejemplo, piénsese en el derecho a la vida o a la integridad física. El mismo argumento de falta de realización que acusa a los derechos sociales se presenta en los derechos clásicos. En efecto, resulta innegable que los derechos individuales tienen un gran déficit de eficacia hoy en día, por lo menos en países europeos y americanos es posible confirmar este dato, donde los secuestros, torturas o desapariciones están a la orden del día.

De lo anterior puede inferirse que el argumento de la crisis del Estado Social como modelo político que vió nacer a los derechos sociales y que pretende desvirtuar su consistencia como derechos, carga también los problemas de los tradicionales derechos de libertad. En este sentido, es útil subrayar que la resistencia de la realidad a la ejercitabilidad ha afectado también a los derechos clásicos, sin que ello haya sido óbice a su tradicional reconocimiento como derechos fundamentales.<sup>41</sup> Lo mismo puede decirse de los derechos sociales: se encuentran en fase de crecimiento hacia su realización jurídica.

Así, las insuficiencias del Estado Social han dado lugar a posiciones radicales que niegan la naturaleza jurídica de los derechos sociales basándose en su difícil realización. Estos planteamientos entienden que se trata de simples principios o postulados políticos que están supeditados no sólo a los límites de posibilidad de satisfacción que presente cada caso el respectivo sistema social y económico, sino también a los múltiples condicionamientos derivados de la realización de la libertad en el ámbito social, en el ámbito político y en el ámbito económico. En tal sentido es la tesis de Forsthoff, quien afirma que lo que se llaman derechos sociales no tienen el valor de derechos, se trata de programas sociales, por tanto, no son justiciables, sino que son orientaciones del poder público.<sup>42</sup>

Sin embargo, esta opción no elimina el problema de fondo que plantean los derechos sociales, que constituye su fin último, y es el cómo garantizar la satisfacción de determinadas necesidades básicas para los sectores menos

<sup>41</sup> CASTRO CID, B., "Estado Social y crisis...", cit., p. 57. En nota de pie de página núm. 17.

<sup>42</sup> Ver FORSTHOFF, Ernst, "Concepto y esencial del Estado Social de Derecho", en Abendroth, W., Forsthoff, E., y Doebling, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 69-106, la cita es de las pp. 87-88.

favorecidos de la sociedad. Como plantea acertadamente Castro, para lograr un mínimo de plausibilidad, esta tesis necesitaría demostrar previamente el aspecto decisivo que da por supuesto: Que la crisis es un elemento consubstancial al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales y que hay una verdadera imposibilidad natural de que la crisis llegue a ser superada.<sup>43</sup> Y, según se verá más adelante, el condicionante económico como aspecto definitorio de la imposibilidad de los derechos sociales es altamente dudoso.

En todo caso, lo que no hay que perder de vista es que los derechos sociales no llegan a una etapa de plena realización por virtud de su naturaleza o por la quiebra del modelo que los gestó, sino por condicionantes externos impuestos por el momento en que se desarrollan, como la revolución tecnológica y científica y la revalorización del esquema político. En este sentido, veamos dos críticas suscitan dudas sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Las críticas de izquierda y las neoliberales.

Empiezo ocupándome del frente de izquierda. Estos planteamientos, siguiendo al profesor Contreras, suelen moverse en torno a esta idea: el Estado de Bienestar visto como camuflaje que enmascara la persistencia de la explotación de clases. Aquí el Estado capitalista asume una dimensión filantrópica de asistencia a los más débiles, por tanto, las concesiones ofrecidas por el Estado de bienestar a los trabajadores no son verdaderas, sino cosméticas, con las cuales se intenta comprar la mansedumbre del proletariado.<sup>44</sup>

Desde luego, todas las críticas izquierdistas parten del presupuesto de que el Estado de Bienestar es un Estado neo-capitalista, por lo cual, participa de los mismos defectos de explotación que según este punto de vista caracteriza al capitalismo.

Sin embargo, hay que resaltar una crítica que plantea Contreras y está íntimamente relacionada con la protección dispensada por los derechos sociales a los menos favorecidos. En tal sentido, Westergaard y Resler sostienen que el impacto de los servicios sociales ha tendido a ser

<sup>43</sup> Idem, p. 66.

<sup>44</sup> CONTRERAS, F.J., "El debate ideológico en torno al Estado de Bienestar", en Theotonio, V., y Prieto, F., (Dir.), *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Etea, Córdoba, 1996, p.14. Sigo aquí los planteamientos de este autor.

fraccionador. Es decir, señala divisiones entre los trabajadores, los pobres y los demás. Entre los que necesitan asistencia especial y los que se limitan a utilizar los servicios generales.<sup>45</sup>

Sin duda, esta idea parece indicar que el Estado Social ha tenido éxito sólo en parte. Éxito que no ha alcanzado a los trabajadores eventuales, a los desempleados, los inmigrantes, y otras minorías que parecen haber quedado rezagados del plano de protección social. Aquí, resulta interesante plantear el papel de los sindicatos en la nueva estructura, como apuntara Barcellona, las nuevas formas corporativas de defensa de los intereses de los trabajadores dejan fuera a los más débiles, que regularmente, son los más desprotegidos al no contar con alguien que los represente.<sup>46</sup> Este planteamiento cobra relevancia en la sociedad actual a tal grado que se habla de una defensa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos.

Para el análisis que se realiza de las críticas de izquierda es importante subrayar la realidad que encierran estas tesis. Pues por amplias que sean las normas protectoras de contenido social parece persistir un núcleo de personas, que es la minoría de los excluidos alejados cada vez más del crecimiento. Sin embargo, esta realidad no tendría irremediamente que optar por la desmantelación del modelo político-económico del Estado social, como pretenden los críticos de izquierda. En todo caso, lo que sí parece más plausible, es una actualización que de nuevas pistas sobre las cuales trabajar.

El frente neoconservador o neoliberal, aunque con diferentes matices, converge en puntos comunes. Este punto de vista considera que las dificultades económicas del Estado social se deben a factores estructurales que están asfixiando la iniciativa privada, responsabilizando a las políticas keynesianas aplicadas desde el final de la segunda guerra mundial.<sup>47</sup>

En este sentido, las críticas neoconservadoras subrayan las inconsistencias del Estado Social y proponen una vuelta al esquema liberal. Estas posiciones han dejado ver una crisis de legitimidad del Estado Social por lo que pugnan por la defensa a ultranza de los valores de autonomía individual.

<sup>45</sup> Cit. por CONTRERAS, F.J., "El debate ideológico en torno al ...", cit., p. 14.

<sup>46</sup> En este mismo sentido es la opinión de BARCELLONA, P., "Los sujetos y las normas...", cit., p. 36, DE VEGA G., Pedro, "Crisis de los derechos fundamentales", en *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1998, pp.128-129, CONTRERAS, F.J., "El debate ideológico...", cit., p. 15, entre otros.

Desde este sector, los derechos sociales aparecen claramente descalificados en la perspectiva neoliberal en la medida en que implican una intervención estatal que se entiende como atentatoria a la libertad.

Por ende, se ha provocado la desvalorización del principio de igualdad y la tendencia a su sustitución por los principios de eficiencia económica y competitividad. Entre los autores que asumen esta posición se encuentran Hayek, Nozick, Buchanan, entre otros.

Uno de los defensores de este “liberalismo clásico o conservador” que se oponen al reconocimiento de los derechos sociales es Hayek.<sup>48</sup> La tesis de Hayek sostiene que el Estado debe limitarse a garantizar las condiciones para una ordenada competencia dejando a los individuos la decisión sobre los fines para los que serán usados los recursos disponibles.

Y desde luego, para este autor, carece de fundamento todo intento de ampliar los derechos a los derechos sociales. En este sentido, el concepto de justicia social es absolutamente vacío, ya que no tiene sentido evaluar los resultados de un proceso espontáneo. Desde el punto de vista de la efectividad de los derechos sostiene que tampoco tiene sentido hablar de “derechos sociales” puesto que no hay derechos sin la correspondiente obligación, y en este caso, no hay obligación correlativa. Sobre todo, las inconsistencias quedan de manifiesto, según este autor, cuando no se puede identificar cuál sería el sujeto de semejante obligación; ese sujeto no puede ser la sociedad, ya que ésta no es un organismo con facultad de deliberar.

Con argumentos parecidos, aunque no tan extremos, algunos pensadores han sostenido que los verdaderos derechos están relacionados con lo que Isaiah Berlin llamó “libertad negativa”, la ausencia de interferencias por parte de otros y en especial del Estado, y no con la “libertad positiva”, que se refiere a la autorrealización del individuo. En este sentido, encontramos posiciones como la de Nozick<sup>49</sup> que rechazan cualquier interferencia estatal y afirman que los derechos no pueden ser sacrificados para alcanzar los objetivos de otras personas sin su consentimiento. Por su parte, Buchanan ha

<sup>47</sup> CONTRERAS, F.J., “El debate ideológico en torno al Estado de Bienestar”, cit., p. 10.

<sup>48</sup> HAYEK, F. A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985, tomo II.

<sup>49</sup> Por ejemplo para Nozick, el Estado Social hace a los individuos esclavos, sometidos a un trabajo forzado del que solo pueden emanciparse mediante una reducción de las funciones públicas al mínimo posible.

sostenido que la finalidad es evitar que los ciudadanos queden relegados a eternos menores de edad cívica que dejen en manos de los poderes públicos las responsabilidades y decisiones más importantes de su existencia.<sup>50</sup>

Frente a estos planteamientos es posible encontrar ideas, como la de Nino, que desde un liberalismo más igualitario, apuntan por una defensa de los derechos sociales. En este sentido, Nino señala una serie de confusiones que reflejan los embates neoliberales como los de Hayek.

Una de estas confusiones es suponer que el orden del mercado es un orden espontáneo. Lo cual requiere de ciertas precisiones. La primera es que el orden del mercado se basa en la estructura de la propiedad que, como es obvio, está establecida por leyes deliberadamente dictadas que convalidan ciertos actos de posesión y transmisión de bienes.<sup>51</sup> De igual forma, hay que apuntar que esas leyes son ejecutadas por tribunales y policías que se mantienen con el resultado de obligaciones positivas de pagar impuestos. Y, en tercer lugar, el mercado funciona a través de contratos que también requieren leyes, tribunales, oficiales de justicia e impuestos para pagar todo lo anterior, para ser ejecutados.

En palabras de Nino, esto significa que, en realidad, a una mayor extensión de la autonomía de la voluntad le corresponde un mayor intervencionismo estatal en la forma de ejecución contractual, y a un mayor reconocimiento de nulidades contractuales una menor interferencia estatal representada por más casos de negativa de prestar el servicio público de la coacción.<sup>52</sup>

La segunda confusión del liberalismo conservador apuntada por Nino consiste en la idea de pensar que la autonomía personal sólo se constituye a través de condiciones negativas como la no-interferencia de otros, y no a través de condiciones positivas, como las prestaciones de otros. La posibilidad efectiva de elegir y materializar planes de vida requiere de bienes y recursos que deben ser proporcionados tanto por abstenciones como por actos positivos de los demás. Debe insistirse en esta idea, pues es evidente que en el ámbito

---

<sup>50</sup> Para el economista, el Estado debe ser transmisor de deseos individuales, en torno al deseo de maximizar el propio interés individual, función que se adultera si no se respeta el marco legal de las garantías individuales. Ver BEA PÉREZ, Emilia, "Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar," en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. X, 1993, p. 115.

<sup>51</sup> NINO, C.S., cit., p. 399.



de la autonomía no sólo influyen de manera restrictiva las interferencias externas de los derechos sino también otros factores que reducen de manera evidente nuestra capacidad para elegir. Sin duda, la pobreza, un techo donde vivir y qué comer reducen nuestras capacidades para elegir de entre distintas alternativas.

Por otra parte, el argumento que sostiene que los derechos individuales solo se configuran obligaciones de “no hacer” para el Estado queda disminuido si, como hemos puesto de manifiesto, señalamos que el contenido prestacional no sólo se encuentra en los derechos sociales sino que derechos de contenido netamente liberal, como la efectiva tutela judicial, la seguridad pública, el mantenimiento del orden y de la paz, requieren de prestaciones estatales.

En el caso de Nozick, el liberalismo conservador, descalifica sin fundamento la posibilidad de que los derechos se violen por omisión, y solo percibe como interferencia con el “orden natural” a los actos positivos. Según Nino, la idea de que este perjuicio en contra de las omisiones, como fuente de violación de derechos, se basa en que raramente adscribimos a ellas efectos causales como los daños - la muerte, las lesiones, etc.- que como materialización de una violación de derechos.

Nino apunta una tercera confusión en la que el liberalismo conservador suele incurrir. Se refiere a la confusión entre las condiciones normativas de la libertad y las condiciones materiales. Según aquel liberalismo, las libertades que se concretan en normas tienen prioridad sobre las que se refieren a las condiciones para el efectivo ejercicio de las primeras libertades. Esta posición es errónea pues las llamadas “libertades normativas” consisten, en definitiva, en conductas activas o pasivas de diferente gente (legisladores, jueces, policías, etc.) y son condiciones esenciales de la autonomía personal; por ello mismo, no hay una diferencia moral relevante entre esas condiciones y las que involucran prestaciones de los demás de ciertos recursos.<sup>53</sup>

Estas tres confusiones muestran que el llamado “liberalismo conservador” que las exhibe es más conservador que liberal. Siguiendo a Nino, pueden hacerse varias precisiones. Primera, al criticar los derechos sociales este planteamiento olvida que el Estado interfiere en el orden establecido por

---

<sup>52</sup> Ibidem

<sup>53</sup> Idem, p. 402.

las leyes, actuando en forma positiva. En segundo término, el argumento liberal se niega a adscribir efectos causales dañosos a la mayoría de las omisiones. Y, tercera, se discrimina entre las normas vigentes y las que deberían estarlo para establecer condiciones adicionales de la autonomía, dando prioridad a una supuesta libertad normativa fundada sólo en aquellas normas vigentes.<sup>54</sup>

En suma, la propuesta de Nino, se aboca a plantear un liberalismo basado en el consenso que sirva de base para preservar la autonomía de los individuos y donde el alcance preciso de los derechos sociales sea resuelto a través de la discusión y proceso democráticos.

En todo caso, la tesis de Nino constituye una herramienta para plantear si el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales implica el desconocimiento de los derechos individuales. Al respecto, recogiendo las reflexiones del profesor Prieto Sanchís, puede decirse que no se trata de sacrificar ninguna libertad en nombre de exigencias utilitarias, sino en mostrar que existen otros derechos, los sociales, también sustraibles al regateo político y el cálculo de utilidad. Es decir, exigencias que deben ser satisfechas aún cuando no se maximice la utilidad general entendida como simple incremento de la riqueza.<sup>55</sup>

Es el derecho a gozar de las libertades lo que provoca que las instituciones públicas actúen en favor de la consecución de unas condiciones materiales de vida que permitan un ejercicio real de esas libertades. Desde esta perspectiva, los derechos sociales pueden ser vistos como auténticos derechos fundamentales garantizadores de exigencias derivadas de la dignidad humana, es decir, como condiciones del ejercicio de la autonomía individual no sólo como libertad negativa sino también como libertad positiva<sup>56</sup> utilizando la conocida terminología de Berlin.

Siguiendo a Castro Cid, debe mantenerse la tesis de que los derechos sociales y los individuales se integran en una indivisible unidad básica en cuanto que ambos son “derechos” que el hombre impone a la organización

---

<sup>54</sup> Idem, pp. 402-403.

<sup>55</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “Notas sobre el bienestar”, en *DOXA*, núm. 9, 1991, p. 165.

<sup>56</sup> Utilizando la terminología de Isaiah Berlin, la libertad positiva implica la posibilidad de ejercer activamente determinadas facultades o poderes, de participar en el proceso social y político o de disfrutar de determinadas prestaciones. Ver BEA PÉREZ, E., cit., p. 116.

político-jurídica de la sociedad.<sup>57</sup> En este sentido, los derechos sociales no se ven debilitados por las contingencias históricas de su aparición ni de las dificultades en su realización.

En suma, desde este planteamiento, los derechos sociales no comportan un riesgo para los derechos individuales, sino que son vistos como condición necesaria para que las libertades comprendan no sólo la defensa de las libertades individuales sino de las condiciones materiales que hagan posible la elección de nuestros planes de vida. Como señala Peces-Barba, la finalidad de todos los derechos fundamentales es potenciar la libertad de los individuos y de los grupos que éstos integran. Lo que le lleva a afirmar que todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los que aportan un componente igualitario, como los derechos sociales, porque ese componente refuerza y potencia la libertad para todos.<sup>58</sup>

### 3. La referencia al condicionante económico en la realización efectiva de los derechos sociales.

Las consecuencias derivadas de la crisis del Estado Social, específicamente, de la crisis económica dejaron profunda huella en la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos debido a su carácter excesivamente oneroso. Esta particularidad pone en entredicho su naturaleza jurídica por ser derechos de difícil realización.

Así, la mayoría de los argumentos esgrimidos en este sentido nos hablan de la falta de eficacia de los derechos sociales derivada de las posibilidades económicas de cada sociedad según su grado de desarrollo. Estos señalamientos apuntan que los problemas de los derechos sociales derivan de condicionamientos externos que tienen que se manifiestan no sólo en el ámbito nacional sino también en el internacional, como veremos enseguida.

<sup>57</sup> CASTRO CID, Benito de, "Los derechos sociales: análisis sistemático," cit., p. 23.

<sup>58</sup> PECES-BARBA M., G., "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales," en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad de Murcia, 1981, p. 68. En el mismo sentido es la opinión de Castro Cid al señalar que los derechos sociales no pueden ser concebidos como limitaciones o frenos impuestos a la abusiva extralimitación de los derechos, sino como derechos que cumplen la misión de ampliar el ámbito de protección de los individuos asegurándoles las condiciones materiales para el disfrute efectivo y pleno de los derechos individuales. Ver CASTRO CID, Benito de, cit., p. 23. También SOLOZABAL ECHAVARRÍA,

En el ámbito nacional, la debilidad de los derechos sociales se ha puesto de manifiesto por aquellas tesis que sostienen que tales derechos son impracticables por ser exageradamente onerosos. En este sentido, afirman la imposibilidad de asegurar una aplicación efectiva de los derechos sociales.

Sobre todo, puestos a comparar con los derechos individuales, el argumento parece defender un tratamiento diferente entre ambos tipos de derechos. La idea sería la siguiente: el hecho de “poner en práctica” los derechos individuales parece costar, económica y legislativamente, muy poco. En cambio, garantizar los derechos sociales, parece representar, en el mejor de los casos, costos enormes derivados de grandes inversiones, planes de desarrollo, etc.<sup>59</sup> Por eso, se llega a pensar que para lograr la eficacia de los derechos sociales es necesario de las estructuras e instrumentos idóneos para encontrar los recursos económicos necesarios.

Este argumento, aunque verdadero, requiere de algunas matizaciones derivadas de los contenidos de los derechos que ya hemos visto. Por comenzar, hay que decir que es indiscutible la distinción que se hace respecto de los derechos individuales y sociales, en virtud de que los primeros consisten en derechos en sentido negativo, es decir, las libertades fundamentales fueron concebidas como deberes de omisión del Estado, mientras que los segundos se configuran como derechos positivos, es decir, los derechos sociales requieren de una acción estatal.

Sin duda, esta concepción puede explicarse a través de los orígenes que dieron forma al estado liberal y por los intereses y objetivos de la burguesía. Intereses que serán decisivos para la formulación de la nueva economía de ese entonces. De hecho, como ha señalado Peces-Barba, la línea divisoria de los derechos individuales y sociales está precisamente, en su aceptación o rechazo como integrantes del concepto de derechos humanos.<sup>60</sup> En tal sentido, nadie duda que los derechos individuales sean considerados como derechos fundamentales, mientras que tal carácter es frecuentemente negado a los segundos en virtud de su dependencia a factores económicos.

---

Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, enero-marzo 1991, p. 91.

<sup>59</sup> GARGARELLA, R., cit., p. 12.

<sup>60</sup> PECES-BARBA, G., cit., p. 19.

Sin embargo, a pesar del atractivo de este argumento, esta radical distinción entre ambas categorías de derechos está muy lejos de ser verdad y, desafortunadamente para los derechos sociales, sólo ha provocado un tratamiento jurídico distinto injustificado. La anterior afirmación puede encontrar explicación si se repasan algunos enfoques que ayudarán a comprender la complejidad de esta categoría de derechos.

De entrada, es necesario decir que es equivocada la postura referida al basarse en la correlación de derechos individuales con deberes pasivos y derechos sociales con deberes activos. Como se ha visto, los derechos sociales requieren para su realización tanto comportamientos activos como pasivos del aparato estatal como sucede con los derechos de huelga, sindicación, condiciones del trabajo, etc.

Como ha puesto de manifiesto Gargarella, esta situación de deberes activos-pasivos depende de coyunturales cuestiones contextuales. Por ejemplo, señala el autor, si nos encontrásemos, dentro de un contexto en el cual la totalidad de las personas viviesen satisfactoriamente, luego, la obligación moral frente a los derechos sociales se reduciría, básicamente, a la inacción, por tanto, nuestro deber sería el de abstenernos de desarrollar el orden económicamente justo ya establecido. De allí que, dependiendo de cuales sean las condiciones externas, los derechos sociales pueden implicar también, y sobre todo, deberes de omisión.<sup>61</sup>

En cuanto a la opinión de Gargarella, es relevante notar que llegados al supuesto al que alude el autor, los derechos sociales carecerían del elemento prestacional o crediticio y, por tanto, desaparecería el argumento que sostiene falta de carácter jurídico por su imposible realización.

Una segunda precisión es la que ha puesto de manifiesto Nino al decir que es injustificado pensar que se cumplen los deberes con omisiones. En efecto, el error que advierte el autor se hace patente cuando se dice que los deberes fundamentales hacia otros se cumplen simplemente cuando no actuamos, es decir, no interfiriendo con sus derechos.

Más específicamente, la posición que se critica asume injustificadamente que no se violan derechos a través de las omisiones. Cuando, en realidad, derechos de libertad la libertad de culto requieren por parte del Estado tanto de

omisiones (libertad de conciencia) como de comportamientos activos a fines de ser garantizados. De hecho, el efectivo ejercicio del derecho al culto público fuera de los templos, requiere de todo un complejo y costoso aparato de seguridad pública (agentes de tránsito, policías), servicios de salud (ambulancias, socorristas), trámites administrativos (permisos, procesos administrativos, alteración de la vialidad), servicios de limpieza, etc. Si no se llevaran a cabo tales comportamientos por los órganos públicos se podría violentar, por omisión, el derecho a la libertad de cultos. Y ni qué decir, del presupuesto empleado para costear los gastos que conlleva el ejercicio de esta libertad.

En conexión con lo anterior, cabe hacer una tercera y última consideración al respecto. La tesis que señala la onerosidad de los derechos sociales como argumento de su difícil realización ignora que el goce y mantenimiento de derechos individuales requiere de una infinidad de actos positivos y, además, altamente onerosos con cargo al presupuesto del Estado. En este caso, piénsese que el más elemental derecho, el derecho a la impartición de justicia, requiere de una significativa estructura judicial y exige, al menos, una gran erogación de recursos. Mientras que derechos sociales como el de sindicación o huelga no implica grandes costos para el Estado.

En todo caso, lo que aquí interesa subrayar es que el argumento que conecta derechos individuales como menos “caros” resulta difícil de aceptar como propuesta teórica.

Un segundo argumento, en el ámbito de la economía nacional, ha puesto de manifiesto que los derechos sociales no consiguen realizar lo que son sus funciones primordiales: la distribución de los recursos y la cobertura de ciertas necesidades de los ciudadanos más desvalidos.

En este sentido se ha dicho que los derechos sociales se encuentran condicionados a las capacidades financieras del Estado en la medida en que se trate de derechos a prestaciones realizadas con cargo al presupuesto estatal.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Idem, p. 13.

<sup>62</sup> BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Trad. de Juan L. Resquejo P., e Ignacio Villaverde M., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 77.

Frente a este argumento corresponde hacer algunas precisiones. En principio hay que decir que los defensores de la idea de que los derechos sociales son impracticables normalmente parten del presupuesto, injustificado, según el cual la actual distribución de recursos económicos debe permanecer inalterada. Como señala Jeremy Waldron, habitualmente, la afirmación según la cual, “simplemente, no contamos con el dinero para llevar a la práctica los derechos sociales” solo significa que “resulta políticamente muy difícil tratar de recaudar los impuestos que hacen falta para satisfacerlos”.<sup>63</sup>

De ahí que el objetivo principal de la doctrina haya sido evidenciar la debilidad del argumento económico al sostener que el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación.<sup>64</sup> Esta tesis se fortalece al considerar que si las dos dimensiones señaladas fuesen indisolubles, entonces, no se explica cómo derechos de libertad (garantías procesales, por ejemplo) que implican alta honerosidad gocen de indiscutible valor jurídico y, sobre todo, sean derechos directamente aplicables.

Al respecto, Gomes Canotilho ha subrayado que la tendencia a no considerar los problemas financieros de los derechos de libertad se explica en la apelación a la idea de que las implicaciones financieras de los derechos de libertad son consideradas como “pretensiones de ayuda para la realización de los derechos de libertad.” En este sentido, se definen las dificultades jurídico-dogmáticas de los derechos de prestación postuladas por la realización de algunos derechos de libertad.<sup>65</sup>

Esto significa que la “ayuda prestacional” de realización de los derechos de libertad se acoge, en la dogmática de los derechos fundamentales, como algo propio de estos derechos, mientras que ese “suplemento prestacional” es para los derechos sociales causa de su naturaleza impracticable y jurídicamente indefinible. Esto, sin duda, viene a demostrar que la tesis que sostiene la imposibilidad jurídica de los derechos sociales basándose en el argumento financiero parece fundadamente sesgada.

<sup>63</sup> Cit. por GARGARELLA, R., cit., p. 12.

<sup>64</sup> En este sentido, ver ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, y también GOMES CANOTILHO, J.J., “‘Metodología fuzzy’ y ‘camaleones normativos’...” cit., p. 45.

<sup>65</sup> GOMES CANOTILHO, *Íbidem*.

Otro punto de vista que ha venido a reforzar el argumento económico es la tesis de la “reserva de lo posible”. Posición que ha logrado oscurecer cualquier intento de renovación de los derechos sociales.<sup>66</sup> En lo que respecta al aspecto presupuestario la reserva de lo posible afirma la imposibilidad de realización de los derechos sociales basada en la gradualidad de los derechos teniendo en cuenta los límites financieros estatales.

Sin lugar a dudas, la fuerza del argumento se basa en señalar que la realización de los derechos sociales está asociada con las posibilidades económico-financieras del Estado. Esta tesis está estrechamente vinculada con la afirmación que sostiene que los derechos sociales no son tales en virtud de estar sometidos a la reserva económica de lo posible, es decir, a la incapacidad financiera de los Estados para llevar a cabo las prestaciones que dichos derechos contienen.<sup>67</sup>

En este sentido, un sector de la doctrina se ha decantado a apoyar la idea de que el argumento económico siempre condicionará la eficacia jurídica de los derechos sociales. Häberle, por ejemplo, ha sido muy terminante al afirmar que la posibilidad y la realidad de los derechos sociales se convierten en una variable dependiente del producto nacional bruto.<sup>68</sup>

La consideración de la actuación del Estado a sus posibilidades resulta, sin duda, un argumento difícilmente rebatible, sin embargo, es necesario precisar que la posibilidad de realización de los derechos sociales derivada de las exigencias presupuestarias no significa que los derechos sociales carezcan de virtualidad jurídica. Simplemente, porque la eficacia de estos derechos no se desprende de la actuación del legislador o de la administración pública como se ha sostenido,<sup>69</sup> sino que proviene directamente de la Constitución que los proclama.

De hecho, y como se verá en el capítulo siguiente, los tribunales constitucionales aceptan el control jurídico de la legislación que pudiera afectar

---

<sup>66</sup> Ídem, p. 44.

<sup>67</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual...” cit., p. 44. Esta tesis es defendida autores como Barbalet quien afirma que “la posibilidad de satisfacer los derechos sociales depende de circunstancias que escapan al control del Estado-nación, por tanto, los derechos sociales no pueden ser más que derechos de segunda categoría.” También Brunner señala que la factibilidad de los derechos sociales depende siempre del desarrollo económico alcanzado por el país. Citados por CONTRERAS PELÁEZ, F.J., cit., p. 112.

<sup>68</sup> Cit., por CONTRERAS, F.J., cit., p. 113.



situaciones de igualdad material sin reparar en el elemento presupuestario que aquí se ha aducido como elemento clave para la imposibilidad jurídica de los derechos sociales. Lo que significa que las sentencias dictadas en juicios constitucionales pueden imponer efectos gravosos para el Estado sin reparos en argumentos de este tipo.

En este sentido, es ejemplificativo el caso del Tribunal Constitucional Español que amplió para los viudos el régimen de pensiones<sup>70</sup> o la decisión de la Suprema Corte mexicana en la que declaró inconstitucional un precepto de la ley del Seguro Social que restringía los derechos de pensiones a la concubina.<sup>71</sup> Tomando en cuenta estos criterios, puede decirse que la dificultad que alude a la impracticabilidad de los derechos sociales basada en la posibilidad económica no es insuperable como hasta ahora se ha visto.

Al respecto, cabe señalar una segunda problemática de los derechos sociales ligada al aspecto de la distribución de los recursos. Hasta ahora la teoría de los derechos sociales ha apuntado que tales derechos se conciben como el deber del Estado (Estado Social o de Bienestar) de proporcionar las prestaciones necesarias para asegurar un mínimo de bienestar a los ciudadanos. Estas prestaciones se postulan, generalmente, con un grado de universalidad, lo que genera el problema de la distribución de los ingresos estatales. Sin embargo, existe hoy en día, una tendencia a señalar que el problema de la distribución de ingresos se reconduce a una cuestión de reciprocidad concreta.<sup>72</sup>

La tesis que ofrece a discusión esta posición señala que en el discurso de los derechos sociales la prestación se oculta en un unilateral deber del Estado, pero la realidad es que quien paga no es el Estado sino los ciudadanos a través de las contribuciones, mientras que los beneficiarios de las prestaciones son otros. En el fondo, como anota Gomes Canotilho, lo que se cuestiona es si el principio de universalidad vale para los derechos sociales en la misma medida que para los derechos individuales.

---

<sup>69</sup> En este sentido, BÖCKENFORDE, E., cit., pp. 77-78.

<sup>70</sup> STC 103/1983.

<sup>71</sup> Obtenido de CD IURIS 9, versión 2000.

<sup>72</sup> Ver una explicación de esta teoría en GOMES CANOTILHO, J.J., “‘Metodología fuzzy’ y ‘camaleones normativos’.. cit., pp. 39 y 40.

El problema de la universalidad de los derechos sociales ha sido planteado por un lado, por autores como Peces-Barba, Fernández; y por Contreras, Pizarrello, Barcellona, Martínez Estay, por otro lado. En el primer grupo sostienen que la universalidad no es un rasgo propio de los derechos sociales, mientras que los del segundo grupo afirman que los derechos sociales son tendencialmente universales.

De este modo, para Peces-Barba, razones políticas u otras han producido gran confusión en el Estado Social que ha llegado a considerarse, como meta de los derechos sociales, la generalización de los mismos a todos los hombres. Esta situación ha provocado, según el autor, la desviación en el objetivo de los derechos y favorecido situaciones de injusticia. Así, señala que la llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de los derechos, al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos.<sup>73</sup>

Los criterios de Peces-Barba para justificar su punto de vista se basan en las razones económicas, por las que se puede alcanzar la crisis fiscal del Estado, y en razones de justicia. Así, la crítica del autor se dirige hacia ambos extremos, por un lado, los que predicán los recortes al gasto social no pueden beneficiarse de derechos que no son para quienes se pueden valer por sí mismos. Y por otra parte, para los que defienden al Estado social, no pueden tampoco caer en la contradicción de la generalización de esos derechos.

Por lo que la propuesta del profesor Peces-Barba se orienta a promover acciones protectoras del Estado que van desde el mínimun, de la protección de la seguridad a la paz y de la formación de la voluntad estatal (derechos individuales, civiles y políticos), hasta el máximun de la satisfacción de las necesidades básicas (derechos económicos, sociales y culturales). Los

---

<sup>73</sup> Ver PECES-BARBA M., G., cit., p. 33. Para el autor, el problema es doble: por una parte, "los adversarios del Estado Social consideran que el Estado no debe contribuir con gastos sociales para ayudar en esas materias educativas, sanitarias, de seguridad social, vivienda, etc. Ciertamente muchos no lo necesitan," pero por otra parte, señala que "no se puede ocurrir en la contradicción lógica de pensar que esa posibilidad que ellos tienen y que les permite alcanzar el poder de autodeterminación por sí mismos se puede generalizar y extender a todos. Crear derechos para ayudar a quienes lo necesitan, no permite, en la misma contradicción lógica pero al revés, extenderlos a quienes no los necesitan."

destinatarios son todas las personas en el primer caso y solo los afectados por las carencias en el segundo.<sup>74</sup>

Por su parte, Castro Cid ha señalado que la causa de la crisis de los derechos económicos, sociales y culturales es el “ejercicio abusivo del derecho”. Refiriéndose, en primer lugar, a la generalización desmesurada de los derechos, es decir, la atribución general a todos los ciudadanos, sin tener en cuenta que, en su origen, estos derechos estaban destinados a cubrir una determinadas necesidades de unos determinados sujetos que ocupaban determinadas posiciones sociales de desventaja. Y, en segundo lugar, sería muestra de un ejercicio abusivo la irresponsabilidad con que han sido disfrutados los derechos sociales por la mayor parte de los beneficiarios. En este sentido el autor llama la atención sobre el constante derroche de gastos de sanidad, fraudes en la percepción por indemnizaciones por despido, desempleo e invalidez, etc.<sup>75</sup>

En palabras de Fernández puede resumirse la discusión al decir que la satisfacción de estos derechos, debido a la falta y escasez de recursos, ha de garantizarse efectivamente, pero no con carácter general sino selectivo. Por ello, al tratar desigualmente a los desiguales, la propuesta del autor consiste en señalar que los titulares de los derechos sociales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan.<sup>76</sup>

A este grupo de autores se suman otros que, desde el punto de vista de la finalidad de los derechos sociales, afirman que tales derechos se conciben en función de las desigualdades existentes en la sociedad, por tanto, la finalidad apunta a la superación de dichas desigualdades y a la mejora de las condiciones materiales de vida. De ahí que los titulares de los derechos sociales se asocien con las finalidades de dichos derechos, de lo que resulta que los derechos van dirigidos a los grupos más desvalidos de la sociedad como los trabajadores, las mujeres, los niños, ancianos, disminuidos físicos, etc.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Ídem, p. 34.

<sup>75</sup> Ver CASTRO CID, B. de, cit., p. 65.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ, Eusebio, “No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 75-76.

<sup>77</sup> En este sentido pueden verse las opiniones de COELLO, Iñigo y PEREIRA, Antonio-Carlos, “Normatividad Constitucional, Igualdad y Derechos Sociales”, en *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 46. Para Vanossi, los

Sin embargo, esta posición ha sido utilizada para impugnar la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Maurice Cranston, por ejemplo, excluye a los derechos sociales de la categoría de derechos humanos basándose en el “déficit” de universalidad. En este sentido, sólo merecen la consideración de derechos aquellas facultades atribuibles a todas las personas en todos los tiempos y situaciones. Los derechos sociales fracasarían frente a este test de universalidad pues corresponden solo a un sector de la población como hemos visto hasta ahora.

Sin embargo, la artificialidad de este argumento se pone de manifiesto al comparar con los derechos individuales. En efecto, si aplicáramos esta prueba de universalidad a los derechos clásicos de libertad o seguridad jurídica nos llevaría a excluir de la categoría de derechos humanos a derechos como la asistencia letrada o la tutela judicial efectiva, pues estos derechos solo son disfrutados por los “acusados” o “implicados” en algún procedimiento judicial o administrativo.

En realidad, el único derecho que podría afrontar este test de universalidad sería el elemental derecho a la vida y, sin embargo, aquí entraríamos en otros debates que nos llevan a plantear temas como el aborto o la pena de muerte, muy alejados de nuestros objetivos. Pero en todo caso, como señala Plant,<sup>78</sup> se trata de no confundir la existencia de los derechos con su ejercicio. Por tanto, puede decirse que la universalidad concierne a la titularidad del derecho no a su ejercicio.

La segunda posición contraria a la que nos hemos referido es aquella que, precisamente, opta por considerar que los derechos sociales son tendencialmente universales y por tanto, afirman su generalización a todas las

---

derechos sociales son derechos del trabajador, de la familia, del niño, es decir, derechos con nombre y apellido, VANOSSI, Jorge Reynaldo, “Las cláusulas económicas y sociales de las Constituciones”, en *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987, p. 358. Para el profesor de Asís, el surgimiento de los derechos sociales conduce a la superación de la titularidad universal que es propia de los derechos clásicos, pues la titularidad de los derechos sociales va ligada con una determinadas condiciones, ver ASÍS ROIG, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 95. Para Vilas, los derechos sociales son derechos sólo para los trabajadores como instrumentos correctores de la desigualdad material, ver VILAS NOGUERA, Javier, “Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales,” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 14, marzo-abril 1980, p.188; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial,” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, sept-dic. 1995, p. 17.

personas. Autores como Contreras, Barcellona o Pisarello<sup>79</sup> apuestan por unos derechos sociales para toda la población.

De entre este grupo podemos destacar la posición de Contreras, quien señala que la universalidad de los derechos sociales es una consecuencia lógica de su incorporación al acervo o corpus de la ciudadanía.<sup>80</sup> Para el autor, en las prestaciones sociales tiene-lugar una transferencia de recursos (de los contribuyentes a los necesitados) cuya naturaleza no termina de estar clara en la mente de muchos, pues aún no se ha consolidado en la conciencia social la idea de que los receptores de las prestaciones ejercitan un “derecho” donde la sociedad cumple con ellos un deber distributivo. La idea de que la asistencia pública no es cuestión de generosidad. Por ello, propone que la política de universalidad subjetiva puede conseguir que el ejercicio de los derechos sociales no sea sinónimo de inferioridad o deshonor.<sup>81</sup>

En todo caso, la propuesta de Contreras parece estar en correspondencia con el modelo institucional-redistributivo que señala Titmuss sobre política social. Dicho modelo sostiene que la función redistributivo-asistencial es asumida como uno de los cometidos esenciales del poder público. El aparato asistencial es concebido como una “institución fundamental, integrada en la sociedad, que proporciona servicios universales, al margen del mercado, basándose en el principio de necesidad”. Lo que le lleva a afirmar que sólo desde este modelo cabe referirse a los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, en pie de igualdad de los derechos civiles y políticos.<sup>82</sup>

Pisarello por su parte, también pone el énfasis en considerar que los derechos sociales son derechos fundamentales en la medida en que sean también tendencialmente universales. Esta afirmación se basa en aproximaciones doctrinales tradicionales que justifican un trato diferencial para los derechos de libertad, considerados fundamentales, en relación con los derechos sociales, considerados meramente condicionales. Esta distinción estaría fundada en que los primeros tienen carácter universal y están dirigidos

---

<sup>78</sup> Cit. Por CONTRERAS PELÁEZ, F., cit., p. 38.

<sup>79</sup> Ver PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto 1998, p. 446.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> CONTRERAS, PELÁEZ, F.J., cit., p. 39.

a todos, mientras que los segundos solo tendrían un carácter contingente, ya que estarían destinados a ciertos grupos particularmente vulnerables.

Sin embargo, para el autor, el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales exija tratar desigualmente a los desiguales, no implica que sus beneficiarios no sean, potencialmente, todos los individuos, y no los grupos o la comunidad en abstracto. Más aún, la decisión política colectiva de resguardar jurídicamente las necesidades básicas de las personas, reposa en la recepción del principio moral de trato imparcial, según el cual ciertas ventajas sociales son producto de lo que Rawls llama la lotería natural y, por lo tanto, todos estén eventualmente expuestos a situaciones de carencia.

En definitiva, Pisarello afirma que aunque la prestación de los derechos sociales requiere de una diversificación estratégica, que obliga al legislador a clasificar la población en colectivos (trabajadores, ancianos, madres) en los que se presumen ciertas necesidades materiales, es preciso hablar de derechos “tendencialmente” universales y, por lo tanto, fundamentales.

Según este modelo, el derecho a prestaciones básicas no estaría condicionado a ninguna relación contractual previa, ni siquiera laboral. Más aún, Pisarello llega a sostener que, en tiempos en que aparentemente se asiste a una crisis estructural de desempleo, ciertos derechos sociales básicos deberían de concebirse como una indemnización estatal, ante la falta de trabajo para garantizarse, progresivamente y en forma incondicional, a todos los ciudadanos.

En el plano internacional, los desafíos que presentan los derechos sociales apuntan a señalar dos importantes aspectos a ser tomados en consideración. Por un lado, los movimientos migratorios y, por otra parte, la internacionalización de la actividad económica. Como se aprecia, los aspectos de carácter externo que rodean a los derechos sociales condicionan en gran medida la realización efectiva de los derechos. Sin embargo, como se verá enseguida, esta visión no es suficiente para desvirtuar su carácter jurídico e integrarlos al campo de los derechos fundamentales. En todo caso, lo que sí resulta innegable es que la realidad de estos derechos depende de las disponibilidades de recursos de cada uno de los países.

---

<sup>82</sup> Idem, pp. 36-37.

En primer lugar, hay que decir que no es extraño constatar que debido a la pobreza extrema en países menos desarrollados los flujos migratorios han tendido a seguir la dirección del flujo de capitales. Es decir, importantes sectores de la población mundial están yendo hacia donde existen mejores condiciones materiales de vida y una fuente de trabajo. Según Gordillo, los problemas sociales generados por la crisis de la deuda externa no han hecho más que acelerar esta tendencia. Estados Unidos es un ejemplo claro de esta situación. Se calcula que cerca de 18 millones de personas que viven en este país no han nacido allí.<sup>83</sup>

En Europa, la situación no es muy diferente, la demanda de mano de obra así como las condiciones de pobreza son causas, muchas veces, del constante flujo de emigrantes procedentes especialmente del Norte de África, de Rusia y de los países de Europa del Este. La situación en que se vive estos países conlleva una potencialidad de conflictividad y violencia que no es de extrañarnos que las personas emigren hacia otros países en busca de comida y techo.

Desde la perspectiva del análisis económico, el fenómeno de los movimientos migratorios ha propiciado el señalamiento de la incapacidad de estos derechos a cumplir con sus objetivos de distribución de rentas y en cuanto instrumentos de cobertura de las necesidades de los desamparados. En este sentido, la debilidad de los derechos económicos no sólo persiste sino que parece intensificarse día tras día debido a la escasez de recursos que aqueja a las sociedades.

Sin duda las desigualdades de poder realmente existentes en la sociedad que se aprecian en grupos como inmigrantes, minorías étnicas, etc. han propiciado algunas propuestas que, frente a este desafío de los derechos sociales, hacen una llamada a la solidaridad con la articulación de las necesidades y los intereses sociales. En este sentido, De Lucas ha propuesto una serie de medidas tendientes a establecer la igualdad de los extranjeros con los nacionales que son imprescindibles para su dignidad.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> GORDILLO, José Luis, "Mundo Pobre/Mundo Rico," *En el límite de los Derechos*, EUB, Barcelona, 1996, p. 49.

<sup>84</sup> De Lucas ha propuesto diversos tipos de medidas, como el reconocimiento y garantía del derecho a voto en elecciones locales, la homologación del trato penal, en suma, establecer y garantizar la igualdad de derechos de extranjeros con nacionales. Ver LUCAS, Javier de,

Por lo pronto, es preciso decir que la noción de los derechos sociales tiende a la satisfacción de necesidades de las personas, por tanto, resulta prioritaria de cualquier otra consideración basada en la utilidad o en consideraciones económicas. Lo que vendría a robustecer la tesis que concibe a los titulares de los derechos sociales a las personas situadas. Esto significaría que los derechos sociales se formulan para atender carencias en la esfera desigual de las relaciones sociales, en este caso, de los inmigrantes como colectivo.

En todo caso, entendemos que los derechos sociales tienen un valor en sí mismos independientemente de la realización o no de sus postulados. Desde este punto de vista, los derechos sociales son vistos como derechos fundamentales que garantizan exigencias derivadas de la dignidad humana y que están fuera de otras consideraciones económicas o políticas. De cualquier modo, su naturaleza como auténticos derechos no depende de su incumplimiento o ejercicio, sino de la finalidad que con ellos se persigue. Como afirma Saduski, la existencia de los derechos no es lo mismo que la existencia de los medios materiales para su implementación, constituye más bien, un argumento acusatorio contra los responsables.<sup>85</sup>

En segundo término, hay que mencionar el proceso de internacionalización de la economía. El desafío en el ámbito internacional que enfrentan los derechos sociales, y que condicionan en gran medida su efectiva realización, le viene impuesto por factores externos difícilmente controlables. Dichos factores se tienen que ver con el enorme poder económico y político que detentan organizaciones internacionales en materia económica, (FMI, por ejemplo), las empresas transnacionales, etc. De ellas emanan gran parte de las decisiones económicas que afectan tanto el empleo y consumo como al medio ambiente del planeta sin que poco o nada pueda hacerse al respecto.

Además, es de tomarse en cuenta, que la llamada “tercera revolución industrial” trajo consigo la disminución de mano de obra, recortes en las prestaciones, aumento desproporcionado de la inflación, por ejemplo. Sin duda, los efectos de la deuda externa de los países menos desarrollados tienen un

---

*Convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*. Tecnos, Madrid, 1992. También del autor *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

<sup>85</sup> Cit. por CONTRERAS PELÁEZ, F. J., cit., p. 115.



considerable impacto en la vida de las personas. Debido al crecimiento de la deuda externa los países se han visto obligados a realizar políticas de saneamiento del gasto social que golpean las condiciones materiales de vida de los ciudadanos.

Estas manifestaciones están influyendo en señalar la crisis de los derechos sociales. Sobre todo, su debilidad reside en el carácter condicionado de los derechos, es decir, su realización depende de opciones políticas y económicas que han de ser decididas por los gobiernos o las organizaciones internacionales.<sup>86</sup>

Sin duda, las desoladoras circunstancias parecen introducir en el concepto de derechos sociales un componente de relatividad e inestabilidad que contribuye a subrayar su debilidad jurídica.

En todo caso, estas afirmaciones deben ponderarse en el escenario internacional. Sobre todo, si se toma en cuenta que lo que hace realmente difícil la realización de los derechos sociales no es una determinada situación económica sino un aprovechamiento más justo y una distribución más solidaria de los recursos.

En este sentido, autores como Contreras han insistido en el significado histórico-moral de la consagración internacional de estos derechos.<sup>87</sup> Frente al problema de la falta de satisfacción de los derechos garantizados en el Pacto Internacional debido al condicionante económico, el autor propone analizar dicha cuestión desde la perspectiva mundial.<sup>88</sup> Esto significa que el problema del condicionante económico se esfumaría si consideramos que el mundo posee los recursos suficientes para proporcionar una vida digna a todos los habitantes. En pocas palabras, lo que afirma el autor es que el problema tiene que ver con la injusta repartición de la riqueza a escala planetaria.

Para acabar con el problema de incapacidad económica de los Estados Contreras propone que el deudor de los derechos sociales no sea solamente el Estado-nación sino la comunidad internacional. Responsabilidad que

---

<sup>86</sup> CASTRO CID, B., cit., p. 63.

<sup>87</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F. J., cit., p. 110.

<sup>88</sup> Ídem, p. 115.

fundamenta en la cooperación internacional y el deber de asistencia entre los Estados.<sup>89</sup>

Otros autores, optan por una posición en el futuro más positiva del papel que juegan estos derechos, es decir, apuestan por el convencimiento de la función emancipadora y liberadora de los derechos sociales y sobre todo, cifran sus intenciones en la conciencia internacional que ha venido cobrando la realización material de estos derechos proclamados en el Pacto Internacional.<sup>90</sup>

En todo caso, es importante recalcar que las imposibilidades económicas y materiales que dificultan el goce de estos derechos a buena parte de la humanidad no constituyen un argumento plausible contra la existencia de tales derechos. Sin duda, el condicionante económico será en buena medida un parámetro de la realización de estos derechos. Pero no un elemento definitivo para negar su carácter como verdaderos derechos. Pues, simplemente, no hay que perder de vista que la realización o ejercicio de los derechos no demerita su valor normativo.

#### 4. El valor normativo-constitucional de los derechos sociales.

Los problemas que plantean los derechos sociales en cuanto derechos directamente justiciables se dirigen a señalar las insuficiencias que presentan dichos derechos tanto en el plano nacional como en el internacional.

En el ámbito internacional el panorama se complica para los derechos sociales porque se cuestiona la eficacia de los documentos internacionales en relación con estos derechos. Como se ha señalado, el mayor reconocimiento que gozan estos textos internacionales reside en su incuestionable valor moral como criterio que debe orientar las relaciones entre las naciones y entre el Estado y sus ciudadanos. Incluso, como una nueva ética que guíe el generoso deseo de unificar el mundo a través de directrices para los gobiernos.<sup>91</sup>

Así las cosas, no es extraño que los autores asignen a las disposiciones normativas supranacionales una eficacia jurídica indirecta. Para ello se basan en que eficacia se refleja a través de las recomendaciones que formulan los

<sup>89</sup> Ídem, p. 120-ss. El autor propone la creación de un Estado Social Mundial basado en la solidaridad y en la vocación fraternal del derecho internacional para llevar a cabo una redistribución internacional de la riqueza. Para la exposición de su argumento, ver Ídem., pp. 124-138.

<sup>90</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José, cit., p. 211.

organismos internacionales instando a los países a acelerar e incrementar el pleno goce y ejercicio de tales derechos. Como vemos, la efectividad propiamente jurídica de estos derechos en el plano internacional dista mucho de plasmarse en realidad, por lo menos, en el corto plazo.

En el plano nacional, las dificultades de los derechos sociales encuentran su máxima tensión al cuestionar el valor constitucional de estos derechos. Los términos del debate pueden plantearse, en forma general, en el contraste que existe entre los que piensan que los derechos sociales no son derechos innegociables y aquellos que sostienen que los derechos sociales originan situaciones de auténticos derechos jurisdiccionalmente ejercitables, afirmando con ello, la fundamentalidad de los derechos sociales establecidos en las normas constitucionales.

El problema se reduce, como se vio en los apartados anteriores, a cuestionar que los derechos sociales sean verdaderos derechos basándose en su falta de eficacia. Por tanto, puede decirse que las objeciones en el plano jurídico-constitucional se basan en una conjetura que habrá que refutar o confirmar: las normas que prescriben derechos sociales son normas indeterminadas sin valor jurídico, no vinculantes para los poderes públicos y por tanto, no justiciables.

En pocas palabras, la tesis sostiene que dichos derechos no son directamente justiciables y por tanto, carecen de la eficacia jurídica que las condena a su devaluación jurídica. Si de demuestra lo anterior, significaría que los derechos sociales son reducidos a meros postulados a ser tomados en cuenta, discrecionalmente, por los poderes públicos.

Para analizar este problema, que no es otro que el de la naturaleza jurídica de los derechos sociales constitucionales, se tomarán en cuenta aspectos que nos ayudarán a encontrar el valor normativo que ocupan los derechos sociales en el ordenamiento jurídico superior. Estos aspectos se refieren en primer lugar, a la formulación lingüística de estos derechos; en segundo término, a la tipología de las normas constitucionales y, en tercer lugar, a la determinación del alcance jurídico de las normas de contenido social de cara a su justiciabilidad.

---

<sup>91</sup> Ídem, p. 208.

#### 4.1 Formulación lingüística de los derechos sociales: ¿Retórica constitucional?

Una de las objeciones a las que continuamente se recurre a la hora de señalar la debilidad jurídica de los derechos sociales es la que se refiere al diseño lingüístico-constitucional de dichos derechos. El peligro que advierte esta formulación se hace patente cuando dice que las normas constitucionales de índole social están formuladas a manera de enunciados generales y grandes declaraciones que, al querer decirlo todo, no concretan nada. O, por lo menos, así es visto por un sector de la doctrina que caracteriza los derechos sociales como mera retórica constitucional.

Como se puede inferir de lo dicho, la discusión de fondo que trata el argumento es que los derechos sociales necesitan mayor nivel de concreción para poder ser aplicados, por tanto, basándose en este elemento, afirman que se trata de normas que carecen de valor jurídico.

En este sentido es la opinión de Garrido Falla quien a propósito de los preceptos contenidos en el Capítulo III de la Constitución española señala que “para que una declaración constitucional tenga naturaleza de norma jurídica no basta con su inclusión en el texto constitucional, sino que es necesario además que tenga estructura lógica de norma jurídica, es decir, que consista en un mandato, una orden, prohibición o correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos, con establecimiento de recíprocas obligaciones y derechos...”.<sup>92</sup>

Para el autor, la estructura lógica de la norma es lo que diferencia al Derecho de la retórica.<sup>93</sup> Y por estructura lógica debemos entender que la norma debe contener derechos y obligaciones recíprocas para los sujetos. Lo que parece no encontrarse dentro de la estructura de los derechos sociales, por lo menos, las obligaciones y derechos recíprocos entre los sujetos no están nítidamente delineadas.

Sin embargo, la afirmación de Garrido Falla puede rechazarse en términos conceptuales y funcionales. Me explico. En términos de concepto, el

<sup>92</sup> GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 579.

<sup>93</sup> Íbidem. En el mismo sentido Pedro de Vega afirma que “no estamos en presencia de derechos directamente invocables ante el Estado”. Además señala que “... lo cierto es que al intentar compatibilizar las declaraciones (los postulados del Estado Social) con los principios del Estado Liberal y del Derecho Constitucional de garantía quedan reducidas a meras declaraciones retóricas”. En VEGA GARCÍA, Pedro de, “Crisis de los Derechos Fundamentales

argumento de Garrido no puede sostenerse porque al señalar que los derechos sociales son “algo” menos que normas jurídicas constitucionales está aludiendo a un fundamento basado directamente en los conceptos del derecho privado. En efecto, no son pocos los autores que han señalado la influencia del derecho privado en otras manifestaciones del Derecho, entre ellas, el derecho público.

Como afirma el profesor Peces-Barba, una de las dificultades más importantes que impiden la garantía judicial de los derechos sociales tiene que ver con el legado histórico-jurídico del derecho privado.<sup>94</sup> Esto significa que la dificultad procede de la ciencia jurídica, la cual está formada por conceptos que proceden en su mayor parte del Derecho privado y éste a su vez deriva, en sus contenidos, de la recepción del Derecho romano y de la aportación del iusnaturalismo racionalista.

Por otro lado, puede observarse que las funciones atribuidas al derecho se refieren, básicamente, a funciones negativas. Esto significa que el derecho cumple una función de garantizar la autonomía y el orden social. ¿Dónde encajarían aquí los derechos sociales? La respuesta podría ser que en ningún sitio, si concebimos el derecho dentro de estas limitaciones propias de la concepción liberal del Estado, estamos ciertos que la constitucionalización de los derechos sociales aparece como mera retórica. Puestos a comparar, la formulación de los derechos sociales como normas carecen de la misma estructura que la empleada para las normas del derecho privado. Como por ejemplo, el derecho civil o mercantil, en donde los preceptos señalan claramente los derechos y obligaciones recíprocos entre los sujetos contratantes.

Visto así el concepto de ciencia del Derecho hay argumentos suficientes para rechazar la teoría jurídica de los derechos sociales puesto que se trata de derechos que exigen, principalmente, una acción promotora y correctora del Estado que potencie los componentes igualitarios de los derechos de libertad.<sup>95</sup>

En todo caso, la superación de la objeción exige ver al Derecho desde la perspectiva de sus funciones de frente a la compatibilidad entre libertad e

---

en el Estado Social,” en Corcuera Atienza, J. y García Herrera, M.A., (Eds.), *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 130 y 135. (respectivamente).

<sup>94</sup> PECES-BARBA M., G., “Reflexiones sobre los derechos sociales, económicos y culturales,” cit., p. 59.

<sup>95</sup> Ídem, p. 60.

igualdad. Así, el carácter ambiguo, programático o retórico de algunas formulaciones de contenido social puede explicarse desde el punto de vista de su función, independientemente de su condición de normas jurídicas.

Sin duda, la aseveración de Garrido resulta sorprendente, pues equivale a decir que sólo los enunciados constitucionales postulados como derechos merecen ser admitidos en la categoría de normas constitucionales. De lo cual resulta que la Constitución estaría formada por poquísimos preceptos que serían propiamente constitucionales, y una gran cantidad de “retórica constitucional.” La confusión del autor al diferenciar entre derechos y normas y su vinculación para derivar la posibilidad del ejercicio subjetivo obstaculiza, de entrada, todo intento para admitir a los derechos sociales como verdaderas normas constitucionales.

Los argumentos que atacan los derechos sociales en su falta de eficacia se basan principalmente en su imposibilidad, es decir, se fundamentan en lo que no pueden ser los derechos sociales, desconociendo otras manifestaciones o perspectivas desde las que pueden ser estudiados dichos derechos. El problema no es exclusivo de las normas que contienen derechos sociales, por lo que lejos de postular su falta de eficacia, demandan concretización.<sup>96</sup>

En efecto, desde una perspectiva de la tipología constitucional, puede decirse que las normas constitucionales que contienen mandatos o principios son normas, tan comunes en las constituciones, que prescriben deberes para el Estado y que requieren de un consecuente, es decir, normas no independientes por sí mismas. Como afirma Serrano, no nos encontraríamos frente a pura retórica constitucional sino ante verdaderas normas jurídicas no autónomas.<sup>97</sup>

Todavía más incisiva es la afirmación de Herrero de Miñón al señalar que la parte dogmática de la Constitución es el terreno abonado para el desarrollo de ideologías y programas que cualquiera que sea su bondad, resultan no sólo inútiles en el texto constitucional sino además, extraordinariamente polémicos. De ahí que el objetivo de Herrero se centre en

<sup>96</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 254.

<sup>97</sup> SERRANO, José Luis, “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, abril-junio 1987, p. 105.

la eliminación de la parte dogmática de la Constitución y su remisión a las normas internacionales y europeas de los derechos humanos como criterios de interpretación de dichos derechos.<sup>98</sup>

Precisamente, el punto de partida de la argumentación del autor se encuentra en señalar que para lograr el compromiso sobre los contenidos, las normas constitucionales remiten su desarrollo y aplicación a un legislador futuro, o contienen fórmulas ambiguas que no deciden la cuestión o bien, optan por la constitucionalización de falsos universales concretos.<sup>99</sup>

Así, para el autor, la vía que consiste en un mandato al legislador futuro reduce la eficacia de estas disposiciones en meros programas legislativos sin efecto directo alguno. El hecho de que las normas constitucionales no decidan la cuestión y que establezcan criterios ambiguos conduce a la interpretación de la norma al libre arbitrio del intérprete o a la no-aplicación de la norma. Y, la constitucionalización de falsos universales concretos, como los derechos de la juventud, de la infancia, de la tercera edad, no agrega nada a los deberes y derechos genéricos atribuibles a todo ciudadano, ni en cuanto a su titular ni en cuanto a su contenido.

En consecuencia, el escaso valor normativo de este tipo de normas constitucionales no provoca otra cosa que la desvalorización del texto constitucional y la creación de falsas expectativas y aspiraciones.<sup>100</sup>

Como puede apreciarse, buena parte de la discusión que plantea esta tesis es posible ubicarla en relación con los derechos sociales. Su especial estructura normativa las convierte en normas que precisan de un desarrollo posterior, que contienen fórmulas ambiguas y que refieren a derechos de ciertos titulares concretos.

Sin embargo, como hemos insistido antes, el argumento que niega la virtualidad jurídica a los derechos sociales por tratarse de normas que requieren un desarrollo posterior o que no son autónomas, no es incompatible con su carácter de normas jurídicas. Sobre todo si se toma en cuenta que toda la Constitución, al ser la norma suprema de un Estado, tiene efectos vinculantes directos sobre los poderes públicos y los ciudadanos.

---

<sup>98</sup> HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, mayo-junio 1979, p. 83.

<sup>99</sup> Idem, p. 84.

<sup>100</sup> Idem, p. 89.

Como ha manifestado De Otto, partiendo de la consideración de que toda la Constitución es una auténtica norma jurídica,<sup>101</sup> podemos decir que normatividad no tiene que ver directamente con aplicabilidad directa e inmediata y exigibilidad ante los tribunales. Como veremos más adelante, se trata de normas jurídicas vinculantes pero de diferentes tipos y, por tanto, de diferente eficacia jurídica de los preceptos contenidos en una misma fuente.<sup>102</sup>

Por otro lado, la referencia a titulares concretos de los derechos, lejos de restarle eficacia jurídica plena a las normas constitucionales sociales recoge como elemento propio de estos derechos el valor igualdad, que se traduce en el otorgamiento de prestaciones estatales en favor de determinados sujetos que permitan hacer efectivos y plenos los derechos de libertad.

Incluso, si el valor igualdad, como se ha visto, determina el contenido de diversos preceptos normativos, entre los cuales se encuentran algunos derechos sociales, es posible diferenciarlos de otros tipos normativos que también otorguen prestaciones. Por ello, autores como Cossío, insisten en que la mera condición de normas constitucionales les otorga a los derechos sociales eficacia jurídica, lo que permite negar su reducción a meras fórmulas programáticas.<sup>103</sup>

Desde nuestro punto de vista, el problema debe analizarse partiendo de una distinción importante: no es lo mismo hablar de la aplicabilidad (u operatividad) de un precepto constitucional que de su valor normativo. Para ver más claramente esta distinción en el siguiente apartado analizaremos las distintas tipologías que adquieren los preceptos constitucionales. Baste por ahora decir que las formulaciones llamadas “retóricas”, idealistas o de valores del ordenamiento superior no son incompatibles con la condición jurídica de las mismas, como se ha demostrado.

#### 4.2 Tipología de las normas constitucionales.

<sup>101</sup> OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 76.

<sup>102</sup> STERN, Claus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemana*, Traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 265. En el mismo sentido ver ARAGÓN, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático,” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 18.

<sup>103</sup> COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., p. 236.



En este apartado se verán las formas de positivación constitucional de los derechos sociales. Al respecto, no es ocioso preguntarse si los derechos sociales configuran un tipo constitucional autónomo,<sup>104</sup> si son reductibles a otros,<sup>105</sup> o si, al hablar de dichos derechos lo que hacemos es referirnos a un conjunto de derechos integrado por normas de distintos tipos.<sup>106</sup>

Por lo cual, partiendo de la común clasificación de los tipos de normas constitucionales analizaremos la especial configuración que asumen los derechos sociales utilizando ejemplos de la Constitución Española y de la Constitución Mexicana. Todo ello con la finalidad de demostrar que la estructura normativa de los derechos sociales hace depender la suerte de dichos derechos en cuanto normas directamente aplicables y justiciables ante los tribunales. Según el resultado, creo que avanzaremos en el camino a encontrar una respuesta al problema de la eficacia jurídica de los derechos sociales.

De acuerdo con la clasificación de las normas materiales utilizada por Scheuner,<sup>107</sup> en la cual se postulan cuatro categorías podemos decir que existen: 1) normas que contienen derechos fundamentales; 2) normas que consagran garantías institucionales 3) normas que contienen principios y fines del Estado; 4) normas que contienen mandatos al legislador.

Empezando por las normas que contienen derechos fundamentales hay que decir que, de entrada, este tipo de normas no plantea problemas en cuanto a su eficacia jurídica. Su técnica jurídica de plasmación constitucional hace que

<sup>104</sup> Desde el punto de vista de Cossío Díaz, los distintos preceptos del Capítulo III (principios rectores) de la Constitución Española no son colocables en ninguna de las categorías de Scheuner, y por tanto, afirma que dichos preceptos constituyen un tipo constitucional independiente y diferenciable de los otros. Ver COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., pp. 283 y 284.

<sup>105</sup> Como parece ser la propuesta de Gomes Canotilho que analiza la estructura normativa de los derechos sociales como posiciones jurídicas prestacionales siguiendo la formulación de Alexy. Ver GOMES CANOTILHO, J.J., "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.1, septiembre-diciembre, 1988, p. 248-ss.

<sup>106</sup> Esta propuesta sugiere que las normas sociales pueden abarcar distintos tipos constitucionales. Ver VANOSSI, Jorge Reynaldo, *Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987, p. 373 y ss. También la propuesta de Peces-Barba tiende a ir en esa dirección al señalar que la acogida de los derechos sociales en el derecho positivo se hace como a) normas de organización y b) normas de derechos fundamentales de libertad de contenido igualitario. Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales...", cit., p. 61-63. En el mismo sentido ver PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los principios rectores de la política social y económica," en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 191-192.

<sup>107</sup> Citado por RUBIO LLORENTE, Luis, "La Constitución como fuente del Derecho," en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Vol. I, IEF, Madrid, 1978, pp. 62-ss.

las mismas sean directamente exigibles por los ciudadanos y, en consecuencia, alegables ante los tribunales y la administración.

Es común que la mayoría de la doctrina incluya dentro de este rubro a los derechos fundamentales de libertad y a los derechos civiles y políticos. No obstante, es importante subrayar que este criterio es erróneo pues olvida que el criterio de fundamentalidad es propio de los derechos sociales al tener por finalidad el logro de la dignidad humana y las condiciones materiales de igualdad que hagan posible el disfrute de los derechos. Sobre todo, tomando en cuenta que su reconocimiento constitucional e internacional los ubica dentro del capítulo de los derechos fundamentales.

Incluso, puede afirmarse que existen cláusulas económicas y sociales en las constituciones de las que su propio enunciado brota la existencia de un derecho que asume la forma de derecho subjetivo, o sea, dotado de acción que permita exigir una prestación o una abstención.<sup>108</sup> Por tanto, no puede haber problemas con respecto a su ubicación en el cuadro de las normas constitucionales dirigidas directamente a proteger a los particulares y accionables judicialmente.

En este caso, estamos frente a normas que consagran el derecho a la libre sindicación (Art. 123 frac. XVI CM), el de huelga y paro (Art. 123 frac. XVII CM), así como otros preceptos que contienen el derecho a exigir una acción positiva como los derechos relativos a la jornada laboral, vacaciones, salario mínimo, descanso obligatorio, etc. Y, desde luego, el derecho a la educación (Art. 3 CM) como prototipo de los derechos sociales que contiene una obligación estatal protegida por el derecho fundamental y directamente exigible ante los poderes públicos.

Respecto al derecho al trabajo, entendido como el derecho a un subsidio en caso de desempleo, se configura en España como un derecho directamente aplicable. En México, no existe esta figura. La previsión constitucional en este sentido sólo hace referencia a que “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización para el trabajo, conforme con la ley” (Art. 123). Aquí estaríamos

---

<sup>108</sup> Autores como Peces-Barba se refiere a este tipo de normas como derechos de libertad de contenido igualitario. En ellas incluye aquellas que conteniendo derechos sociales asumen la estructura propia de los derechos de autonomía. Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre los derechos...”, cit., p. 63.

en presencia del tipo de normas que contienen fines y objetivos del Estado, que se verán más adelante.

Más problemas presentan aquellas disposiciones sociales que hacen referencia a derechos de difícil operatividad aunque se trate de auténticos derechos, como el derecho a una vivienda (Art. 4, sexto párrafo CM), derecho a la protección de la salud (Art. 4, cuarto párrafo CM) o el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (Art. 4, sexto párrafo CM).

Las garantías institucionales aunque presentan algunas dificultades en su delimitación permiten ubicar en ellas a ciertas instituciones que merecen una protección especial o relevante para la sociedad, con lo cual, se adoptan medidas relacionadas con el valor social eminente de esas instituciones. Los ejemplos más paradigmáticos son la familia, la salud pública e incluso, podría considerarse la seguridad social. En todo caso, estamos ciertos que dentro de este tipo constitucional es posible incluir normas de contenido social como las previstas en el texto constitucional español.

Sin embargo, esta categorización varía según los sistemas constitucionales, pues en el caso de México, la categoría de garantía institucional no existe propiamente como tal, pero las instituciones por ella protegidas pueden reconducirse a otras vías de protección como el amparo. Aún y cuando este instrumento presente importantes limitaciones al momento de ejercitarse ante la justicia.

Así, en la Constitución mexicana, la institución de la familia es protegida mediante diversos preceptos como el Art. 3, relativo a la educación, al señalar que “el criterio que orientará a la educación será el aprecio para la dignidad de la persona y de la integridad de la familia”; el Art. 4, al establecer que “Toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa”; y, el Art. 123 prescribe que “el servicio de colocación de los trabajadores, debe ser prioritario para quienes representen la única fuente de ingresos en su familia.” En otra parte del mismo precepto apunta que: “la ley del Seguro Social debe tender a la protección y bienestar de las familias de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores”, así como “determinar los bienes que constituyen el patrimonio inembargable de la familia.”

El tercer tipo de normas materiales constitucionales se conforma por los principios y fines del Estado. Se trata, sin duda, de dos clases de normas cuya eficacia jurídica es difícil de determinar. El carácter general y amplio de los principios constitucionales dificulta su aplicabilidad directa. De acuerdo con un amplio sector de la doctrina, su consideración es de verdaderas normas constitucionales.<sup>109</sup> Si entendemos, como señala Aragón, que los principios son susceptibles de proyección normativa tanto por el legislador y por el juez es posible entonces derivar de ellos fuerza interpretativa y por tanto, eficacia directa para derogar normas que vayan en contraposición de ellos.<sup>110</sup>

Así, entendidos, podemos en consecuencia, ubicar dentro de esta categoría aquellos preceptos que contengan normas de naturaleza social, como el propio principio del Estado Social y Democrático de Derecho del Art. 1.1 de la Constitución Española. En cuanto es principio y no regla, el principio del Estado Social no es atributivo de competencias estatales sino solo se trata de un principio orientador del Estado, esto significa que la acción pública debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social.<sup>111</sup> En México, el principio democrático previsto en los artículos 3º y 39 puede aplicarse a esta situación.

Por su parte, las normas que contienen fines del Estado prescriben conductas a realizar por los poderes públicos. La dificultad de estas normas, desde el punto de vista de su eficacia jurídica, proviene de su misma estructura constitucional, pues la conducta que plantean se refiere al logro de un fin que no es cuantificable o medible en sí mismo. Como señala de Otto, se deja al destinatario un amplio margen de discrecionalidad al elegir los medios adecuados al fin. Aquí, la pregunta que habría que hacernos es si estas

<sup>109</sup> Ver CASCAJO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 70. En igual sentido, PRIETO SANCHÍS, L., "Los principios rectores de la política...", cit., p. 193. También su trabajo "Diez argumentos a propósito de los principios", en *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 54.

<sup>110</sup> Cfr. el punto de vista de Cossío, quien niega la inclusión de los principios rectores del Capítulo III de la Constitución española en los principios generales, ya que para el autor, los fines del Estado asimilan a valores o tienen un sentido mucho más general y relevante. Además, añade el autor, no mantienen un carácter fundamental en el sentido admitido por la doctrina y no tienen la función de servir como parámetro o apoyo de la actividad interpretativa en los mismos términos y alcances que los principios nucleares. Ver COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., pp. 282-283.

<sup>111</sup> ARAGÓN, Manuel, "Constitución Española: Economía de Mercado y Estado Social", en García San Miguel, Luis, (Ed.), *El Principio de Igualdad*, Dykinson-Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000, p.114.

normas dejan un amplio margen de discrecionalidad a los poderes públicos, y por tanto, son más difíciles de fiscalizar, ¿acaso la discrecionalidad no es justiciable?

En cualquier caso, lo cierto es que gran parte de las normas constitucionales encuadran en esta categoría, lo que no significa que carezcan de posibilidades de aplicación. En todo caso, hay que subrayar de nuevo que no todos los preceptos gozan de las mismas posibilidades de aplicación.

Tal vez lo anterior quede más claro si miramos desde la perspectiva de los destinatarios. A estas normas puede identificárseles con las llamadas normas de organización o normas programáticas,<sup>112</sup> es decir, aquellas normas cuyos destinatarios no son los ciudadanos sino los poderes públicos constituyendo auténticos deberes públicos. Así, desde este enfoque, las normas programáticas tendrían dos funciones: a) actúan como “normas directivas”, en la fijación de objetivos inmediatos (dirigidos a los poderes públicos), y b) actúan como “reglas de interpretación”, explicitando los fines mediatos del Estado (dirigidas al poder judicial y a los intérpretes en general).<sup>113</sup>

En la doctrina española, el calificativo de normas programáticas fue contundentemente aclarado al afirmar que todos los poderes públicos se encuentran vinculados por la Constitución y que dichos poderes están llamados a su aplicación sin posibilidad de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros programáticos<sup>114</sup>. En el mismo sentido, es la opinión del Tribunal Constitucional Español quien vino a afirmar el carácter de norma jurídica de obligatorio acatamiento para todos de la Constitución.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> Como es sabido, la denominación de “normas programáticas” es muy utilizada por la doctrina y sobre todo, para definir el contenido de los derechos sociales con la intención de restarles efectividad o relevancia respecto de los derechos subjetivos fundamentales. Sin embargo, en la doctrina italiana Crisafulli, para desvirtuar lo anterior afirma que las mal llamadas normas programáticas deben ser entendidas como disposiciones normativas, es decir, como normas jurídicas. Por tanto, negar la juridicidad de las normas programáticas supone mutilar arbitrariamente la Constitución y eliminar una parte esencial de la misma. Por lo que, para el autor, no es posible identificar lo programático con lo directivo, porque para el legislador constituido así como para el resto de los poderes del Estado, no son normas simplemente directivas sino que le vinculan y le obligan. Citado por COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Reflexión General sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado,” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, 1987, p. 28, especialmente, ver nota 4.

<sup>113</sup> La clasificación es tomada de VANOSSI, J.R., cit., p. 372 -ss.

<sup>114</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica,” en *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 116.

<sup>115</sup> Para Cobrerros Mendazona, la base misma de la función del Tribunal Constitucional ha arrancado este punto de partida: “Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser

Existen otros tipos de normas denominadas atributivas de competencia. Es preciso distinguir estas últimas de las normas que contienen fines u objetivos, puesto que las primeras tienen la particularidad de contener atribuciones de competencias para los poderes públicos y no constituyen un mandato a los poderes públicos ni pueden ser compulsadas frente al órgano legislativo como sucede con las segundas.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, parece que algunos de ellos pueden ser ubicados en esta categoría de normas programáticas, pues se encuentran integrados en todas las expresiones de la técnica constitucional contemporánea derivando de esta peculiaridad la complejidad de su estudio.

Así, tenemos que hay derechos sociales que son normas directivas (en forma de objetivos), por ejemplo el artículo 40 de la CE “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política orientada al pleno empleo”.

En la Constitución Mexicana podemos encontrar un ejemplo de este tipo de normas en el artículo 25: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

Y existen preceptos constitucionales que pueden incluirse dentro del subtipo de normas interpretativas (como fines) como sería el propio artículo 1.1 de la CE que establece el Estado Social de Derecho. En el caso mexicano podría incluirse aquí el principio democrático como criterio orientador de la educación previsto en el artículo 3, frac. II, a): “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento

---

un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo legal, es una norma jurídica, la norma suprema del ordenamiento y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos están sujetos a ella”. Ver COBREROS MENDEZ, E., cit., p. 29.

económico, social y cultural del pueblo.” Principio también consagrado en el artículo 39 respecto a la soberanía del pueblo para alterar la forma de gobierno.

Las normas que contienen mandatos al legislador se refieren a aquellas disposiciones que remiten a un legislador futuro para poner en movimiento los derechos en ellas expresados. Sobre todo, estas normas hacen referencia a mandatos de promulgar leyes indispensables para el ejercicio de los derechos sociales, especialmente aquellos que contienen derechos prestacionales, aunque, según se ha visto, también se incluyen otros derechos de libertad, civiles y políticos, como la procuración de justicia (códigos procesales, leyes orgánicas sobre el funcionamiento de los tribunales, etc.), la participación política (leyes electorales, por ejemplo).

En la categoría de mandatos al legislador que contienen el elemento prestacional los ejemplos se multiplican y esta circunstancia es empleada por los escépticos para señalar que este tipo de normas, cuya efectividad depende de un desarrollo posterior, constituye el principal obstáculo para la aplicabilidad directa de los derechos sociales ante los tribunales. Por tanto, su valor es meramente pedagógico que estrictamente normativo.<sup>116</sup>

Sin embargo, dos precisiones deben hacerse sobre esta categoría. Por un lado, creo que sería un error decir que todos los derechos sociales forman parte del tipo de normas constitucionales conocido como mandatos al legislador. Pues, es posible identificar dentro de los derechos sociales normas bajo la forma de principios y fines, incluso, como derechos propiamente dichos. Y, además, hay que insistir en el hecho de que esta especial configuración normativa no es exclusiva de los derechos sociales, lo que no debe confundirse con la exigencia común a la mayoría de las normas constitucionales de un posterior desarrollo legislativo.

Dicho en otras palabras, ni todos los derechos sociales son mandatos al legislador ni todos los mandatos al legislador son derechos sociales, sino también, otras normas constitucionales, como los derechos de seguridad jurídica, de impartición de justicia, políticos, etc. Más adelante volveremos sobre este punto, baste por ahora señalar que es posible identificar “algunos” derechos sociales dentro de esta categoría. Los casos más típicos en el texto

---

<sup>116</sup> HERRERO DE MIÑÓN, M., cit., p. 92.

mexicano serían los previstos en el artículo 4 que contiene derechos sociales que remiten al legislador ordinario:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios públicos de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución” (cuarto párrafo, artículo 4 CM). En el mismo precepto, sirve de ejemplo también “Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo” (sexto párrafo, artículo 4 CM).

Y por otra parte, creo que también sería inadecuado admitir, como ha señalado Cossío, que respecto de los derechos sociales el único destinatario sea el legislador.<sup>117</sup> Sin que esto deje de comportar cierta verdad (como se aprecia en el caso mexicano), en la determinación de los mandatos al legislador debemos fijar el sujeto referido por la norma, de manera que solo se tenga por tales cuando se trate del legislador y no de cualquier poder público.

Aunque, en lo que nos interesa, en la estructura de los derechos sociales es posible distinguir ambos supuestos, es decir, mandatos a los poderes públicos y aquellos únicamente referidos al legislador. Pero, en cualquier caso, la importancia radica aquí, en determinar con precisión si se trata de una obligación estatal, ya sea por la remisión al legislador o un deber impuesto a los otros poderes públicos.

Ahora bien, ¿qué conclusión podemos extraer de lo anterior? En principio, varias conclusiones pueden señalarse aquí. En primer término, resulta innegable que la dificultad que plantean los derechos sociales no reside en su carácter normativo. Se trata de verdaderas normas jurídicas, tal vez de lo que se trate es de normas incompletas,<sup>118</sup> normas no independientes<sup>119</sup> o normas de diferente eficacia o incidencia.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Hay que precisar que el análisis que hace Cossío de la tipología constitucional se refiere únicamente a los principios rectores de la Constitución Española. Ver COSSÍO DÍAZ, J.R., cit., pp. 281-182.

<sup>118</sup> Como sugiere CARMONA CUENCA, E., cit., p. 111 y también SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Alcance Jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, p. 86.

<sup>119</sup> SERRANO, J.L., cit., p. 119. Por ejemplo, para el autor, los principios rectores participan de la condición jurídica de toda la Constitución, pero la pretensión de encontrar en ellos la nota de



Esta particularidad que identifica la norma superior como una estructura abierta a ser completada por los poderes públicos tiene de fondo un debate que, como se verá en el apartado siguiente, consiste en que para algunos autores la consecuencia de la estructura abierta de la Constitución es la necesidad de auto-limitación del juez constitucional en su función de control de conformidad de las leyes con el texto fundamental.<sup>121</sup> Es decir, aquellos aspectos que no hayan sido concretados por el constituyente no deben ser concretados por los jueces,<sup>122</sup> sino por el legislador democrático. Enseguida se retomará esta cuestión tan importante sobre el grado de vinculación del legislador con los derechos sociales, por ahora, conviene avanzar un paso más en lo hasta ahora visto.

En segundo término, los derechos sociales no pueden reconducirse a un solo tipo normativo ni tampoco constituyen un tipo autónomo de los demás. Creo, que el estudio sistemático de los derechos sociales obliga a considerarlos como un grupo de derechos que participan de diferentes estructuras normativas y en tal sentido, debe estudiárseles.

Así, tenemos que los derechos sociales se configuran bajo la forma de principios y fines del Estado, son protegidos bajo la forma de garantías institucionales, constituyen derechos propiamente dichos y asumen la forma de mandatos al legislador.

En tercer lugar, puede deducirse que la operatividad no es un argumento sólido para impugnar el valor jurídico de los derechos sociales. La operatividad no es una cualidad propia de los derechos individuales e impropia de los derechos sociales. La determinación de la operatividad es una cuestión de hecho, a dilucidar en la aplicación en cada caso. A quién, o mejor dicho, a qué autoridad corresponde esta función es un problema al que hay que enfrentarnos a fin de encontrar respuesta.

Lo cierto es que los derechos sociales en cuanto normas constitucionales tienen fuerza normativa para ser impugnadas judicialmente,

---

coactividad que caracterizaría estructuralmente a lo jurídico ha de neutralizarse mediante la afirmación de su carácter de normas jurídicas no independientes o de principios coactivos.

<sup>120</sup> Como sugiere Cobreros Mendazona, al analizar el alcance de los principios rectores de la Constitución Española como concreción del Estado Social. Ver COBREROS MENDAZONA, E., cit., p. 30.

<sup>121</sup> Ver por ejemplo la opinión de CARMONA CUENCA, E., cit., p. 113.

<sup>122</sup> Como sugiere por ejemplo, VANOSSI, J.R., cit., p. 374.

aunque no pueden ser tratadas de igual forma en virtud de su especial configuración normativa. Por razones históricas que hemos visto en el capítulo anterior y de técnica constitucional,<sup>123</sup> el grupo de los derechos sociales ha quedado conformado por heterogéneas disposiciones constitucionales. Por ejemplo, parece claro que normas como las referentes a la vivienda y a la seguridad social que, a pesar de contener derechos para las personas, no son aplicables por sí mismas desde el momento en que para su aplicación hace falta la actividad estatal que organice los órganos y procedimientos necesarios.

Sin embargo, esta debilidad no les resta valor normativo. Como tampoco sucede con aquellos derechos sociales que, en virtud de no requerir un desarrollo posterior, son incluidos dentro del catálogo social aún siendo directamente aplicables como el derecho de huelga o de libre sindicación.

Del mismo modo, existen derechos sociales en forma de normas programáticas, es decir, que contienen fines y objetivos del Estado que, para un sector de la doctrina, no son exigibles sino mediante el censor político.<sup>124</sup> A lo sumo, son vistas como criterios de interpretación para los jueces, en especial, para el Tribunal Constitucional. Incluso, se los concibe como guías o parámetros para interpretar todo el ordenamiento.<sup>125</sup> Por tanto, puede decirse que tienen una aptitud aplicativa inmediata.

Sobre este punto volveremos más tarde, pero en todo caso, creo que hemos avanzado un paso al evidenciar que en virtud de su especial estructura jurídico-normativa es posible proponer que los derechos sociales merecen un tratamiento teórico-jurídico diferenciado que ayude a encontrar su grado de aplicabilidad en cada caso concreto.

---

<sup>123</sup> Como aconteció en los debates del Constituyente mexicano, donde se discutió sobre la técnica constitucional empleada en la redacción de los derechos sociales de los artículos 3, 27 y 123. Ver COSSÍO DÍAZ, J.R., "Las concepciones del Derecho en el Constituyente de 1916-1917," en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 10, 1998, pp. 193-205, especialmente, pp. 198.

<sup>124</sup> Para algunos autores como Herrero de Miñón, respecto de los principios rectores de la Constitución Española no pueden ser alegados ante los tribunales para impugnar su constitucionalidad ni para pedir la tutela de un derecho. Por tanto, afirma el autor que no es un órgano jurisdiccional sino un órgano político el que puede incitar al legislativo a adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de las normas constitucionales. Sin embargo, el autor aquí comentado, no señala cuál sería ese órgano. Ver HERRERO DE MIÑÓN, M., cit., pp. 92 y 94.

<sup>125</sup> Así lo entienden por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, p. 95; HESSE, Konrad, "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 53; COBREROS MENDAZONA, E., cit., p. 52.

En este sentido, cabe avanzar sobre las posibilidades de invocación judicial de los derechos sociales. Se puede afirmar, por un lado, que constituyen auténticas normas constitucionales y, por otro lado, que implican deberes constitucionales para todos los poderes públicos. En consecuencia, el grado de cumplimiento a los mandatos constitucionales que se infieren de los derechos sociales se estudiará en-relación con los contenidos de los derechos sociales y su referencia a los deberes que imponen a los poderes estatales.

#### 4.3 Alcance jurídico de los derechos sociales: ¿Los derechos sociales son derechos justiciables?

Pasamos ahora a analizar el argumento más fuerte y que con mayor insistencia se hace a los derechos sociales con el fin de desvirtuar su naturaleza jurídica. Me refiero, por supuesto, a aquellas tesis que sostienen la impracticabilidad de los derechos sociales por no ser estos derechos exigibles judicialmente.<sup>126</sup>

La aproximación parcial al problema que consiste en confiar en la interpretación de las normas sociales a través de sus enunciados lingüísticos para deducir su efectividad conlleva efectos negativos. Creo que los resultados así obtenidos acaban por producir el efecto contrario, pues más que aclarar, confunden. Estos planteamientos que ven los derechos sociales como meras normas programáticas (y por tanto, sin efectividad alguna) contribuyen a presentar una realidad jurídica distorsionada de la situación normativa-constitucional que guardan los derechos sociales.

El decir que es lo mismo el derecho a una casa y el derecho a tener y estar en la universidad son dimensiones de un mínimo social postulado por la

<sup>126</sup> Las opiniones en este sentido se multiplican, por mencionar algunos autores, en España: Herrero de Miñón afirma que respecto de las normas directivas o programáticas resulta absolutamente impracticable una garantía jurídica eficaz. Ver HERRERO DE MIÑÓN, M., cit, p. 92. Garrido Falla, por su parte afirma que el capítulo III está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico, ver GARRIDO FALLA, F., "El artículo 53 de la Constitución," en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 176; MARTÍNEZ ESTAY, José I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre los Derechos Sociales*, CEDECS, Barcelona, 1997, pp.16, 167-168, 333-338. En Estados Unidos, el debate se centra en las tesis que proponen la constitucionalización de los derechos sociales. Entre los detractores de estos derechos puede citarse a BORK, Robert, "The impossibility of finding welfare rights in the constitution," en *Washington University Law Quarterly*, núm.3, vol. 1979, pp 695-701; WINTER, "Poverty, Inequality and the equal protection clause," en *Supreme Court Review*, núm. 41, 1972, pp. 41-102. También en HAYEK, F.A.,

dignidad humana o incluso, fundir los derechos bajo una misma perspectiva, como afirma Gomes Canotilho, no puede tener como consecuencia otra cosa que la “validez” de estas normas constitucionales se enfrente a la facticidad económica-social.<sup>127</sup> La consecuencia sería, en todo caso, una visión restringida de estos derechos.

Esto sin duda, viene a demostrar que el análisis serio de este problema debe partir de la aceptación de que, en esta materia, no se deben forzar interpretaciones sobre un tema cuya esencia permita poliformidad en su planteamiento. Por ello, el planteamiento que aquí sugerimos consiste en analizar la aplicación jurídica de los derechos sociales a partir de un “velo de ignorancia” (empleando la famosa frase de Rawls), respecto de qué posición guardan dichos derechos en el ordenamiento jurídico superior, para obtener así, los cauces jurídicos para lograr su efectividad práctica.

Para el logro de este objetivo partiremos de nuevo de la conocida clasificación de las normas constitucionales, a partir de su configuración normativa y sus contenidos se analizarán los medios por los cuales pueden ser invocados judicialmente y, por tanto, tratar de concluir bajo qué circunstancias cabe hablar de una garantía judicial para estos derechos.

Así, tenemos en primer término a los derechos sociales bajo la forma de derechos subjetivos propiamente dichos. Aquí, como se puede inferir, las dificultades son menores, pues se trata de derechos directamente justiciables, es decir, de aplicación efectiva mediante las instancias judiciales previstas. Ejemplos: educación, subsidio al trabajo, huelga, libre sindicación, etc. Varias precisiones caben apuntar aquí a efectos de realizar nuestras conclusiones, primero, estos derechos contienen deberes públicos exigibles, es decir, derechos a prestaciones que el Estado debe satisfacer. Aunque en algunos casos no implican prestaciones sino que implican conductas negativas del Estado, como el derecho a la libre sindicación, a la huelga y al paro, a las condiciones laborales, etc. Pero en cualquier caso, conllevan responsabilidades que los poderes públicos deben cumplir, ya sea en forma de acciones u omisiones.

---

*Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985, especialmente tomo II. Algunas posiciones moderadas como la de TRIBE, Laurence, *Constitutional Law*, 1978.

<sup>127</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., “‘Metodología fuzzy’ y ‘camaleones normativos’...”, cit., p. 42.

Segundo, en este supuesto, la situación sobre los contenidos de los derechos sociales varía según las circunstancias históricas, económicas y culturales de los países. Estas circunstancias serán fijadas en las leyes respectivas siempre sujetándose al mandato enunciado constitucionalmente. Por ejemplo, el contenido del derecho al trabajo no puede establecerse de modo fijo e invariable, pues algunas interpretaciones consideran que no se trata de garantizar a todos un trabajo digno sino de garantizar a los ciudadanos, en caso de que no exista ese empleo, un subsidio que permita una vida digna como sucede en España.<sup>128</sup> En otros países como México, el derecho al trabajo reconocido en el art. 123 constitucional habla de una obligación del Estado de promover la generación de empleos. Más que un derecho subjetivo adquiere la estructura de un principio o fin del Estado.

2) Respecto a las Garantías Institucionales como tipo constitucional, hay que apuntar lo difícil que es allegarse un concepto de esta figura especial. Partiendo del hecho de que una institución cuenta no sólo con las garantías propias de toda norma constitucional sino que su eficacia es superior respecto a la que resulta de la simple condición de norma constitucional, es decir, son un plus respecto de ellas.<sup>129</sup> Básicamente, podemos decir, que la Constitución Española (Art. 39.1) acoge a la familia como una institución otorgándole esta protección especial. También puede incluirse dentro de este rubro a la salud pública. En México, esta figura no existe como tal, pero es cierto que instituciones como la familia también merece un trato privilegiado en el ordenamiento constitucional.<sup>130</sup> En todo caso, merece la pena resaltar que dichas instituciones comportan deberes y responsabilidades para los poderes

<sup>128</sup> Esta interpretación ha sido defendida por CARMONA CUENCA, E., cit., p. 116; DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980, vol. I., p. 324 y ss; SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 31.

<sup>129</sup> COSSÍO DÍAZ, J.R., *Estado Social y Derechos...* cit., p. 281. En el mismo sentido: PAREJO ALONSO, Luciano, *Garantías Institucionales y autonomías locales*, Madrid, 1981.

<sup>130</sup> En efecto, el artículo 4 de la Constitución Mexicana señala que la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia (segundo párrafo); establece el derecho de la familia a una vivienda digna y decorosa (sexto párrafo); el derecho de los menores a la subsistencia, a la salud física y mental (séptimo párrafo). En suma, estos derechos y otros como la educación basada en la dignidad de la persona y la integridad de la familia (Art. 3) así como las protecciones en materia laboral (Art. 123) constituyen el concepto de familia como institución en el derecho mexicano. Ver la opinión, en este sentido de RODRÍGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los Derechos Sociales en la Constitución Abierta*, Comares, Granada, 1998, p. 292; PUJOS

públicos derivados de las propias normas constitucionales, por tanto, vinculables jurídicamente a todos los órganos del Estado.

3) Ahora analizaremos lo relativo a los principios y fines del Estado. En principio debe señalarse que las normas de principios y fines del Estado no confieren un derecho subjetivo accionable frente a los tribunales. Su contenido se refiere a la realización genérica del Estado Social.

En este sentido, la fuerza aplicativa de estas normas constitucionales se debilita en cuanto a su exigibilidad inmediata. Lo que hay que analizar en este caso es cómo funcionalizan estas normas de principios y fines del Estado.

En el caso español, la discusión parece centrarse en lo dispuesto por el Art. 53.3 al señalar que estos principios (refiriéndose a los principios del Capítulo III) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Frente a los argumentos que pretenden negarles toda aplicabilidad judicial, están aquellas posturas como la de Serrano, para quien la operatividad judicial de los principios rectores no puede ser puesta en duda, pues tienen eficacia interpretativa, ínter conexianan con los demás derechos y, además, suponen una resistencia pasiva u obstativa a cualquier norma superior o posterior a la Constitución que se oponga a los mismos.<sup>131</sup>

Cobrerros Mendazona, por su parte, afirma que si puede establecerse un conjunto de medidas garantizadas de la efectividad de estos principios. Señalando por ejemplo, la responsabilidad del legislador para su cumplimiento, pero no el único, sino todos los poderes públicos están implicados en su realización.<sup>132</sup>

En otros lugares, autores como Zagrebelsky indican que, aunque existe una diferencia entre los derechos sociales y las otras categorías de derechos, la experiencia enseña que los derechos sociales no tienen exclusivamente un valor político o ideológico, sino también jurídico en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que se oponen a estas.

---

ROSAS, Rebeca, "La protección jurídica de la familia y su aseguramiento legislativo en México," en *Revista Alegatos*, núm. 26, 1993-1994, UAM, pp. 99-102.

<sup>131</sup> SERRANO, J.L., cit., p. 117.

<sup>132</sup> COBRERROS, cit., pp. 34-35.

Mas allá de estos efectos, afirma el autor, pueden valer también como verdaderos derechos.<sup>133</sup>

Esta defensa del valor jurídico de las normas de principios y fines es respaldada por el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional Español, quien en la práctica ha confirmado que los preceptos en cuestión son utilizados como parámetros de la constitucionalidad de las disposiciones sometidas a su control.<sup>134</sup>

En este sentido es posible afirmar varias cuestiones. Una primera cuestión tiene que ver con la constatación de que los derechos sociales configurados como principios y fines del Estado si bien no confieren derechos accionables ante los tribunales, si se configuran como verdaderos deberes de los poderes públicos.

En segundo término, debe precisarse cómo operan estos deberes estatales respecto de las normas sociales. En este caso, los jueces y tribunales participan en la determinación de la interpretación y alcance constitucional, de tal suerte que se despliega la eficacia para posibilitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley que contraviene las normas de principios y fines del Estado. También interviene la administración en la puesta en marcha de los procedimientos y mecanismos necesarios para el logro de los fines y objetivos señalados por la norma constitucional. Aunque aquí quedaría pendiente la cuestión de determinar si existe algún instrumento jurídico para obligar a los poderes públicos a cumplir estos deberes.

Esta situación también se aprecia respecto de la actividad del legislador, puesto que las normas sociales obligan al legislador a desarrollar la legislación que transformará estos principios en derechos exigibles. Por ejemplo, en las prescripciones constitucionales que hacen referencia al pleno empleo, al establecimiento de los servicios de salud pública, el principio de la distribución equitativa de la riqueza nacional, etc. Veamos con mayor detenimiento lo relativo a los deberes del legislativo en la siguiente categoría constitucional.

<sup>133</sup> ZAGREBELSY, Gustavo, " Costituzione italiana" en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 443-444.

<sup>134</sup> En este sentido ver COBREROS MENDAZONA, E., cit., p. 36; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La Constitución como norma jurídica," cit., p. 117; CARMONA CUENCA, E., cit., p.119. En sentido contrario la opinión de Herrero de Miñón al sostener que "las leyes que desarrollen los principios rectores no pueden ser tachadas de inconstitucionales por su violación de un

4) Cuando hacemos referencia a que los derechos sociales constituyen mandatos al legislador nos referimos a aquellos preceptos constitucionales que expresamente indican que los derechos por ellos enunciados requieren para su concreción un desarrollo legislativo posterior. Esta técnica constitucional es frecuentemente utilizada en las constituciones que consagran derechos sociales, como la Mexicana de 1917, la española de 1978, la portuguesa de 1976, la italiana de 1946, entre otras.

Aquí la eficacia jurídica de los derechos sociales se hace aún mas compleja, pues estamos frente a normas que contemplan derechos incompletos. Es decir, son derechos con plena eficacia jurídica porque establecen en su configuración constitucional el derecho a prestaciones por parte del Estado, como el derecho a una vivienda digna y decorosa (art. 4 CM), el derecho a la protección a la salud, etc. Pero son incompletos porque su aplicabilidad se difiere al futuro, por lo que serán regulados en un acto posterior al constituyente. Por tanto, ¿cómo se hace posible su exigibilidad? Aquí, la cuestión de fondo es cómo se exige al legislativo el cumplimiento de este deber. Respecto a este problema, la doctrina ha señalado algunas vías de solución. Una de ellas es recurrir a la figura de las omisiones legislativas como prevé en la Constitución portuguesa.

Sin embargo, esta figura no se contempla en la Constitución Española y además no ha sido admitida expresamente por el Tribunal Constitucional Español, así como tampoco se establece en la Constitución mexicana, por lo que las posibilidades de aplicación se reducen a una posible reforma constitucional que la contemple.

En otros países como Italia y Alemania, han ensayado otras vías de posible solución al problema. Así tenemos el instrumento utilizado por el Tribunal Constitucional italiano conocido como "recomendaciones". El juez constitucional llama la atención al órgano legislativo sobre ciertos huecos normativos capaces de hacer ineficaces determinadas posiciones constitucionales.<sup>135</sup> En Alemania, el Tribunal Constitucional puede, según Schneider, emitir una orden de ejecución, censurar su pasividad y finalmente,

---

principio rector, de cuyo desarrollo legislativo solamente el propio legislador es responsable". HERRERO MIÑON, M., cit., pp. 93-94.

<sup>135</sup> Ver CARMONA CUENCA, E., cit., pp. 123-123. También GARRORENA, Angel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 105.



declarar al legislador incurso en violación constitucional.<sup>136</sup> Sin duda, estos remedios pretenden activar el cumplimiento exacto de la Constitución. No obstante hay que poner de manifiesto que esta actitud del juez constitucional se ha criticado asiduamente al ver en ella una mayor interferencia que la que corresponde a las funciones de legislador negativo incidiendo, por tanto, en el campo de la política.

Desde otra órbita, la doctrina es unánime en señalar que la solución idónea respecto al cumplimiento de los mandatos al legislador tendría que ir encaminada respecto de las leyes que concreten o desarrollen los derechos anunciados por la norma constitucional, es decir, respecto de la legislación. En este sentido, lo que se propone es controlar la constitucionalidad del acto legislativo que desarrolla los derechos sociales.<sup>137</sup> En este supuesto, estamos ante el incumplimiento del legislador por la no-observancia de los mandatos constitucionales según lo prescrito en ellos. En palabras de Prieto Sanchís, la cuestión consiste en que la fuerza obligatoria del precepto, (respecto de los principios rectores de la CE), se transforma en la prohibición de emanar normas contrarias a la Constitución.<sup>138</sup>

Sin embargo, la cuestión no es pacífica y ha sido discutida desde diversos puntos de vista. Por un lado, como se dijo antes, se afirma que estas normas pueden fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad, es decir, bien pueden servir como criterios de interpretación para examinar la constitucionalidad de cualquier ley que se oponga frontalmente a la regulación constitucional.

Por otro lado, aunque la doctrina es unánime en admitir el juicio de constitucionalidad para controlar los actos del legislativo, sin embargo, ha advertido de los peligros que implica la suplantación del Tribunal Constitucional por el legislador en la tarea de decidir los medios adecuados para lograr la finalidad social de la Constitución. Por lo cual, en esta línea de pensamiento se

<sup>136</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático," cit., p. 32.

<sup>137</sup> En este sentido es la opinión de PRIETO SANCHÍS, L., "Los principios rectores de la Política Social y Económica," en *Estudios sobre ...*, cit., p. 195; CARMONA CUENCA, E., cit., p. 119; COBREROS MENDAZONA, E., cit., p. 33; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos," en *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, p. 29; GOMEZ CANOTILHO, J.J., "Metodología 'fuzzy' y...", cit., p. 46. HERRERO MIÑON, M., cit., p. 95.

<sup>138</sup> PRIETO SANCHÍS, L., "Los principios rectores...", cit., p. 195.

defiende la tesis de que el cumplimiento de estos mandatos es una cuestión a decidir en el terreno de la política, y en todo caso, por los electores.

Creo que, desde esta perspectiva, estamos ante un problema de límites. Problema que, como verá en el siguiente apartado, se presenta al examinar las relaciones entre el legislativo y los jueces constitucionales en la conformación de la legislación social. En todo caso hay que subrayar que, es cuestión distinta el tema de la legitimación y el órgano encargado de controlar el cumplimiento de las funciones de los poderes públicos.

En concreto, de lo anterior, es posible derivar dos conclusiones: primera, los derechos sociales son directamente eficaces en el proceso de constitucionalidad de las leyes, basándose, como fundamento, en un derecho constitucional social. Las razones para defender o criticar este control son materia aparte. Y, segunda, una importante manifestación de la eficacia jurídica de los derechos sociales consiste en su utilidad como criterios interpretativos de todo el ordenamiento jurídico que desempeñan la función de orientar las decisiones del juez constitucional.

Recapitulando, la eficacia jurídica de los derechos sociales ha quedado demostrada. Tratándose de los derechos sociales bajo la forma de derechos subjetivos, estos no comportan problema alguno de exigibilidad. Respecto de las normas de principios y fines constitucionales así como los mandatos al legislador, su eficacia está limitada por un lado, a actuar como criterio interpretativo de la constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento. Y, por otra parte, en cuanto a que se trata de normas que contienen el derecho a prestaciones exigibles al Estado es posible subrayar la vinculación directa de estas normas con todos los poderes públicos, especialmente con el legislador democrático. Veamos enseguida, cómo operan los derechos sociales ante los poderes públicos.

D. Respecto de los Problemas Institucionales: el principio de división de poderes y el principio democrático.

#### 1. Planteamiento.

Constituye una observación común que la concepción tradicional del Estado como espectador pasivo de la vida social ha quedado superada. Este

planteamiento negativo de la actividad estatal no es suficiente para asegurar la plena efectividad de los derechos fundamentales. Si esto se manifiesta claramente en lo que respecta a los derechos de libertad y de participación, lo es aún más respecto de los derechos sociales.

En efecto, el aseguramiento de los clásicos derechos de autonomía requiere para su ejercicio de los medios materiales y personales del Estado, como es el caso del derecho de libertad religiosa, de asociación, de opinión, etc. Derechos que cuyo ejercicio requiere del aparato estatal para asegurar su goce y libre ejercicio, y, en su caso, de los medios necesarios para cuando sean vulnerados. Ni que decir de los derechos civiles y políticos, cuya manifestación más contundente la tenemos en el ejercicio del derecho del voto. Ejercicio que requiere de un complejo aparato estatal para su puesta en marcha y asegurar el cabal cumplimiento de los preceptos electorales.

Esta actuación positiva de los poderes públicos para el goce de los derechos fundamentales se aprecia en el orden prestacional. Así, lo han entendido aquellos como Fernández al señalar que el Estado se afirma como un Estado Social en donde la garantía de la libertad real de los ciudadanos, sólo es posible a partir de una infraestructura prestacional que asegure su existencia y el desarrollo de su personalidad.<sup>139</sup>

En este sentido, los poderes públicos mantienen una estrecha vinculación con los derechos sociales en lo que respecta a su eficacia y pleno goce. Esta cuestión desde luego no es pacífica. Las dudas acerca de la exigibilidad de las prestaciones, las limitaciones económicas y presupuestarias, y los límites de la actuación judicial en este sentido parecen ser las principales dificultades en el tema de la efectividad de los derechos sociales. Enseguida se exponen algunos de estos problemas que suscita la vinculación de los deberes públicos con los derechos sociales en lo que respecta a su eficacia normativa.

## 2. Respecto de la Administración Pública

Como se ha señalado antes, los derechos sociales constituyen deberes no sólo para el legislador ordinario sino también comportan la existencia de objetivos para todos los órganos del Estado. Desde esta perspectiva, el Estado

<sup>139</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, "Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos," en *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño 1982, p. 25.

resulta obligado a la ejecución de estos objetivos y fines a través de las administraciones públicas o del denominado Poder Ejecutivo. No debemos perder de vista que la puesta en funcionamiento de los derechos sociales tiene mucho que ver con el plan de desarrollo económico y social que implemente cada gobierno.

En este sentido, la importancia que tiene la Administración Pública para el pleno goce de los derechos sociales se ve reflejada, desde nuestro punto de vista, en tres aspectos fundamentales: el control del presupuesto, la ejecución de la Constitución y las leyes, y lo relativo al control o fiscalización de sus actos en caso de incumplimiento de sus deberes (sea un hacer o un no hacer).

El papel del gobierno en relación con el presupuesto del Estado revise una importancia fundamental, pues es el gobierno, en la mayoría de los regímenes constitucionales, la instancia estatal encargada de elaborarlo y presentarlo ante el legislador democrático para su examen, discusión y aprobación. Por lo menos, así sucede en el caso de España (Art. 134.1 CE) y México (Art. 74. IV. Que se refiere tanto a la iniciativa de la Ley de Ingresos como al Presupuesto de Egresos).

En este sentido, debe subrayarse que si bien la responsabilidad es del legislador, quien aprueba o no los proyectos presentados sobre la financiación del Estado, no le corresponde en exclusiva al legislativo la determinación concreta de la extensión de las prestaciones estatales, sino que es un acto conjunto del Gobierno y Parlamento. El Gobierno tiene un destacado papel que se aprecia en todo momento. Así, tenemos que a él compete la iniciativa y determinación del monto global del Presupuesto. En este sentido, como apunta López Guerra, puede hablarse de cierto predominio gubernamental, no sólo por la dificultad de modificar el proyecto de presupuesto y controlar su puesta en marcha, sino también por el arma que concede al partido en el poder para manipular la adhesión del electorado mediante el uso de las prioridades presupuestarias.<sup>140</sup>

Si tomamos en cuenta que gran parte de los derechos sociales consisten en la prestación de servicios públicos que son gestionados con fondos estatales que la administración cuenta con los recursos técnicos jurídicos necesarios para llevar a cabo determinadas políticas sociales y económicas,

resulta entonces destacado el papel que juega la administración en el pleno ejercicio de estos derechos. A tal punto, que se considera que el cumplimiento de los derechos sociales se asegura a través de regulaciones periódicas y escalonadas en el seno de los instrumentos globales de ordenación de la economía como son el Presupuesto anual y los planes económicos. Desde este ámbito será donde pueden hacerse valer como directrices vinculantes o pretensiones jurídicas.<sup>141</sup>

Un aspecto más a destacar respecto del papel de la administración pública consiste en la función prestacional que desempeña. Los principios del estado social y del interés público confieren a los órganos estatales amplias facultades para intervenir en la vida social y económica a fin de lograr paliar las desigualdades y conseguir una libertad e igualdad reales. Así, de entre sus múltiples funciones, la administración pública se encarga de gestionar y mantener en funcionamiento los servicios públicos como por ejemplo, los servicios de salud, atención a menores, ancianos, familia, desprotegidos física y mentalmente, los servicios públicos generales (agua, alcantarillado, drenaje, etc.), por nombrar algunos. Este amplio abanico de funciones da cuenta de que la administración lleva a cabo la ejecución de las leyes de contenido social así como da cumplimiento a los principios y fines previstos en la Constitución.

Un último aspecto a considerar, muy ligado con los anteriores, es el aspecto relativo al control jurídico de los actos de la administración. Aquí se plantea el problema de un control constitucional sobre aquellas medidas políticas (de índole económica o social) tomadas por el gobierno que se considera no son adecuadas para resolver una determinada situación o bien, que se apartan de los objetivos y fines constitucionales.

Al respecto conviene advertir sobre dos aspectos. Por un lado, están aquellas medidas de carácter técnico que se encuentran en las normas legales. En este sentido, poco puede hacerse respecto al juicio de constitucionalidad puesto que el mayor o poco acierto, efectividad u oportunidad de la medida legislativa no será enjuiciable, salvo, la responsabilidad política.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> LÓPEZ GUERRA, L., cit. p. 187.

<sup>141</sup> BASSOLS COMA, M., cit., p. 101.

<sup>142</sup> En este sentido, COBREROS MENDEZONA, E., cit., p. 57. El autor analiza la intervención de técnicos especializados en la elaboración de normas legales, lo que se conoce como tecnocracia. El estudio le lleva a concluir que esta esfera de acción cae dentro de la libertad del

Por otra parte, cuestión distinta es el control judicial de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa. Esto significa que aún cuando la discrecionalidad administrativa es necesaria en algunas áreas, lo cierto es que todos los poderes del Estado se encuentran sujetos a la Constitución, por tanto, aquellas actuaciones de la administración que se alejen de la legalidad son controlables judicialmente.

Además, esta circunstancia da lugar también al despliegue de una acción jurisdiccional referente a las normas reguladoras de los servicios que presta la administración pública. En efecto, como es sabido, los órganos del Estado ejecutan sus funciones apegándose al criterio de legalidad. Esto significa que sólo pueden hacer aquello que les facultan las leyes. En consecuencia, la administración pública realiza las prestaciones de los derechos sociales con base en lo previsto legalmente.

El problema, como advierte Fernández, radica en el decisivo papel que juegan las normas reguladoras de los servicios públicos, pues de ellas depende el grado de concreción de los derechos, sin lo cual, poco pueden hacer los tribunales.<sup>143</sup> Lo que depende, salvo la potestad reglamentaria de la administración, del oficio del legislador. Ante la tradicional forma de legislar dando una amplia discrecionalidad a la administración para actuar, la propuesta del autor consiste en establecer un nivel mínimo de derechos exigibles, es decir, establecer estándares concretos de prestación, en cantidad y en calidad. El límite de ese nivel mínimo, señala, dependerá de la sensibilidad colectiva y de las siempre limitadas disponibilidades financieras del Estado, que a los gobernantes toca valorar en cada momento.<sup>144</sup>

Este punto de vista, sin duda cierra los márgenes de actuación de la administración pero sobre todo, otorga un papel fundamental a la acción legislativa. El legislador tendrá que cumplir con el mandato previsto constitucionalmente de desarrollo de los derechos sociales fijando de forma

---

legislador y, por tanto, la medida tomada no es justiciable. Sin embargo, anota más tarde, que ha de mantenerse -sobre todo si la cuestión afecta derechos fundamentales- la plenitud de competencia de los jueces para controlar, que no sustituir, las aplicaciones de la denominada legislación técnica, aún a sabiendas que el control judicial no deba ser el único ni pueda ser el más eficaz, pero sí debe existir. *Íbidem*, en nota de pie de página núm. 108.

<sup>143</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, cit., pp. 31-32. El autor analiza el papel del legislador en relación con las normas que regulan la prestación de los servicios públicos y urge por un desarrollo normativo concreto de los derechos sociales y económicos que la Constitución proclama.

concreta un mínimo que garantice la existencia del derecho, pues, al no hacerlo, incurriría en inconstitucionalidad.

Hay que advertir, para efectos de nuestro estudio, que la propuesta parte del supuesto de un comportamiento positivo del poder legislativo, pero nada dice sobre la falta u omisión de este deber constitucional por dicho órgano. En este sentido, caemos en la cuenta de que las posibilidades de eficacia plena de los derechos sociales desde el punto de vista de la administración se reducen a la valoración judicial de la legislación social. Sin que esto sea óbice para el despliegue de la jurisdicción administrativa en materia de legalidad. Por otra parte, la propuesta deja abierto a discusión el tema de un mínimo de derechos indismontables por el gobierno y en general, por todos los poderes públicos, lo cual tiene mucho que ver con lo que se denomina irreversibilidad del Estado de Bienestar. Y que abordaremos desde el punto de vista del legislativo.

### 3. La deferencia al legislador democrático

Como ha quedado de manifiesto, la función que tiene el legislativo en materia de derechos sociales es fundamental para conseguir el pleno goce y eficacia de dichos derechos constitucionales. La relación se aprecia con mayor nitidez, sobre todo, respecto de aquellos derechos sociales que contienen mandatos al legislador futuro. Aquí se verán cuáles son los principales aspectos de esta función constitucional del legislativo y sus incidencias en la elaboración de la legislación social.

Una primera cuestión a considerar consiste en los límites propios al legislador. Es cierto que la política legislativa tiene una amplia libertad dentro de los límites de la Constitución pero también lo es que el propio texto constitucional contiene unos mínimos y máximos que los poderes públicos han de respetar. La cuestión que se plantea tiene que ver con el supuesto de que los poderes públicos, en este caso, el legislador recortara o rebajara algunas de las conquistas sociales consagradas como derechos sociales en la Constitución.

La solución que se ha dado a este problema se enfoca desde el punto de vista de la teoría de la irreversibilidad de las prestaciones del Estado de Bienestar. La tesis es bien conocida y, en pocas palabras, sostiene que toda

---

<sup>144</sup> Ídem, p. 32.

medida legislativa regresiva que afectara al contenido esencial de los derechos sociales estaría viciada de inconstitucional por contravenir el texto constitucional. El debate se suscitó en Alemania <sup>145</sup> y ante esta postura las opiniones en contra de dicha tesis argumentan la viabilidad del Estado de Bienestar en épocas de creciente desarrollo económico.

En España, López Guerra ha adoptado una posición a favor de esta tesis indicando las prestaciones constitucionalizadas se garantizan incluso frente a una posible eliminación o restricción parlamentaria.<sup>146</sup> Otros autores como García-Pelayo, entienden que las medidas regresivas en el nivel de las prestaciones impuestas por los límites de la política fiscal no serían inconstitucionales.<sup>147</sup>

Una postura intermedia es la del profesor Parejo, quien parte del hecho de sería inconstitucional cualquier política legislativa que tuviera por objeto la reducción o supresión de los derechos sociales. Sin embargo, admite la posibilidad de que a través de una política socioeconómica distinta se reconfigurase los derechos sociales. Defiende, según entiendo, la concreción de los derechos sociales a decidir por el legislador ordinario y según la realidad histórica y política determinada.<sup>148</sup>

Desde otro punto de vista, Gomes Canotilho señala que el principio de irreversibilidad debe relativizarse, sobre todo cuando la reversibilidad es condición indispensable de la garantía del núcleo esencial de estos derechos en cuanto al mayor número posible de destinatarios. No obstante, el autor se inclina por defender un control judicial de la legislación que pretendiera transgredir el texto constitucional, al afirmar que no hay razón para que los principios del Estado no valgan como principios contra eventuales irracionalidades legislativas. Por ejemplo, si el legislador goza de discrecionalidad política para alterar el régimen de seguridad social y de pensiones, es cuestionable su libertad cuando las soluciones legislativas

<sup>145</sup> Ver PAREJO ALONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 55-ss.

<sup>146</sup> Ver LÓPEZ GUERRA, Luis, "Las dimensiones del Estado Social de Derecho", en *Sistema*, núm. 38, 1980, pp. 171-191. La cita es de la p.183. Puede verse con mayor amplitud la posición del autor en la obra LÓPEZ GUERRA, L., y DE ESTEBAN, J., *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1983, Vol. I.

<sup>147</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en Ramírez, M., (Ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 27-53.



representen una desproporcionada y retroactiva afectación de derechos subjetivos.<sup>149</sup>

El ejemplo del autor portugués es perfectamente aplicable al caso mexicano. Por iniciativa presidencial, y debido en gran parte al endeudamiento de las instituciones públicas, (específicamente del Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS) se reformó la Ley del Seguro Social quedando con sustanciales transformaciones en el régimen de la seguridad social y otras prestaciones. El amparo promovido alegando su inconstitucionalidad se basa, precisamente, en la trasgresión de los derechos constitucionales previstos en el Art. 123 frac. XXIX. Sin embargo, a la fecha, la Suprema Corte de Justicia aún no resuelve la cuestión. Y si las cosas siguen su cauce normal, como todo indica, los recortes a las prestaciones de seguridad social afectarán a gran parte de la población mexicana que no puede costear por sí misma estos servicios.

Ciertamente, los derechos sociales dependen de la disponibilidad de los recursos financieros y de la proyección que de estos realice el legislativo o la administración. Sin embargo, si entendemos, como lo hemos hecho hasta aquí, que los derechos sociales actúan como parámetro de la constitucionalidad es cierto también que, frente a las arbitrariedades legislativas, cabe el control judicial. Control que estaría encaminado a verificar la sujeción de la legislación social al texto constitucional.

Ahora bien, si la cuestión a decidir se deja en manos de la instancia judicial, en este caso, al juez constitucional, el problema adquiere otra dimensión. En efecto, la cuestión sería cómo opera la actuación judicial de control de constitucionalidad. Si la justicia constitucional decide sobre qué derechos sociales o prestaciones son válidas y cuáles no, se estaría frente a un Tribunal que por vía interpretativa podría deducir derechos de prestación y por tanto, influir en el presupuesto del Estado y los planes de gobierno. Existe sin duda, un problema de distribución de poderes o competencias constitucionales. Problema en el cual, no pocos acusarán al juez constitucional de interferir en la esfera legislativa.

---

<sup>148</sup> PAREJO ALONSO, L., cit, pp. 90-ss.

<sup>149</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., "Metodología 'fuzzy' y 'camaleones normativos'...", cit., p. 47.

Por otra parte, si la libre configuración de los derechos sociales en normas concretas, que prevean derechos subjetivos exigibles, queda entregada al legislador ordinario en cuanto órgano democrático idóneo para realizar esta función con la legitimación que le es propia, aún y cuando estas normas supriman o restrinjan los derechos constitucionales, entonces, de poco o nada vale su proclamación constitucional.

Creo que ambas posiciones son válidas y plantean en todo caso, el problema en términos de límites. Desde luego, la fijación de los límites no es una tarea sencilla, mucho menos en lo que respecta a la delimitación de competencias constitucionales. Sin embargo y, como se verá en el siguiente capítulo, aquí los tribunales constitucionales tienen la última palabra.

Una solución interesante en relación con los gastos públicos dedicados a satisfacer las prestaciones sociales es la que plantea Zornoza Pérez.<sup>150</sup> El autor, reconociendo las dificultades mencionadas, estima que es posible un control de constitucionalidad con base en el principio de justicia en el gasto público.

Básicamente el autor propone que, una vez adoptado el compromiso de financiación por parte del Estado, a través de las correspondientes partidas en los presupuestos, resultaría posible el control sobre la justicia en la distribución de los gastos. Para salvar el argumento democrático, señala que una vez adoptado el compromiso financiero, el control judicial ya no conlleva una invasión en el ámbito de las competencias presupuestarias del Parlamento. Por tanto, el control judicial descansaría únicamente en el hecho de que la determinación de los fines del Estado no pueda efectuarse con absoluta libertad por el poder político, toda vez que la escasez de los recursos conduce a que la distribución de los medios financieros se convierta en una ejecución de derechos fundamentales.

Así, la tesis sostiene que el resultado es la juridificación de las decisiones relativas al concreto destino del gasto. Aunque sea a costa de correr el riesgo de un cierto desplazamiento de competencias en favor de la

---

<sup>150</sup> Ver ZORNOZA PÉREZ, Juan J., "El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales", en *Hacienda Pública Española*, núm. 13, 1988, pp. 41-54. El planteamiento que aquí se presenta es está tomado de las pp. 53-54.

jurisdicción constitucional y en favor también, de una mayor garantía de los derechos constitucionales sociales.

Otros autores en relación con esta cuestión han derivado sus posiciones a favor de un control judicial basado en términos de razonabilidad e igualdad. Para Gomes Canotilho, por ejemplo, la creación de derechos derivados de prestaciones por el legislador se asienta en el postulado de que las políticas de realización de los derechos sociales se asientan en criterios exclusivos de oportunidad técnico-financiera. En todo caso, apunta el autor, la graduabilidad y las exigencias presupuestarias estarán, a lo mucho, sujetas a un control jurídico de razonabilidad fundado en el principio de igualdad.<sup>151</sup>

Al respecto señala que los tribunales constitucionales al controlar la razonabilidad en el ámbito de los derechos sociales consideran que no están frente a problemas de realización gradual o de “cobertura financiera”. Más aún si se trata de garantizar derechos constitucionales sociales frente a modalidades de ejercicio manifiestamente restrictivas. Para el autor, sin embargo, el control de constitucionalidad implica que subsiste el problema de saber si se trata de un test de razonabilidad o, si como sugiere la doctrina italiana, son admisibles sentencias aditivas de prestaciones por manifiesta deficiencia en la garantía del mínimo social.

En todo caso, es cierto que la actuación de los tribunales constitucionales, como el italiano, ha propuesto la utilización del principio de igualdad (exclusión no razonable) para corregir las deficiencias en la regulación legislativa. Este modo de actuar se presenta más aún en aquellos casos en los cuales no existe actuación legislativa, es decir, en las llamadas omisiones legislativas.

La segunda cuestión a tratar respecto de la actuación del legislativo respecto del cumplimiento de los derechos sociales estriba, precisamente, en la pasividad o ausencia de regulación normativa. Como señala Predieri, no son infrecuentes los casos de inactuación de las normas constitucionales, sobre todo las relativas a los derechos sociales.<sup>152</sup> En el sistema español como en el

<sup>151</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., “‘Metodología fuzzy’ y ‘camaleones normativos’...”, cit., pp. 46-47.

<sup>152</sup> PREDIERI, Alberto, “El sistema de fuentes del Derecho”, en Predieri, A. y García de Enterría, E. (Dir.), *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 181-182.

mexicano no se encuentra previsto una sanción para el caso en que la potencialidad de la norma superior no encuentren actuación porque el productor de la norma inferior no las elabora. Ya sea porque el legislador no aprueba las normas que desarrollan los derechos fundamentales o cuando el gobierno no dicta los reglamentos de ejecución de las leyes.

Esta situación obliga a que, tratándose de derechos sociales que requieren de un desarrollo legislativo posterior no puedan hacerse justiciables sino en virtud de las leyes que los concreticen. Sin embargo, con base en su propia fuerza constitucional, los derechos sociales son operativos en cuanto al legislador, en el orden judicial y con la administración. Es decir, prevalecen sobre las actuaciones de los órganos públicos como se ha visto.

Ahora bien, queda por plantear, qué acciones judiciales o políticas cabe plantear ante esta inactuación estatal, especialmente, la legislativa. El tema no es nuevo y aunque, no ha tenido acogida en los sistemas constitucionales español y mexicano, es previsto expresamente en ordenamientos constitucionales como el portugués o bien, ha sido puesto en práctica por tribunales constitucionales como el italiano.

La Constitución portuguesa de 1976 prevé en el Art. 238 que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de apreciar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales y ponerlo en conocimiento al legislativo.

Como puede observarse, la cuestión de las omisiones legislativas en la experiencia portuguesa implica la actuación correctora del Tribunal Constitucional. Sin duda, el que un órgano judicial intervenga en el ámbito de competencias constitucionales del legislativo supone obstáculos difícilmente superables. Siguiendo el planteamiento de Cobreros Mendazona, pueden subrayarse tres dificultades en el papel activo del Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas.<sup>153</sup>

La primera de índole procesal. Aquí el problema radica en la falta de preceptos de ley que se consideren inconstitucionales. Para superar esto sugiere que se considere que la omisión legislativa opere como en el caso de exclusión de tal regulación. Sería el supuesto de aquellas regulaciones que excluyen a ciertos beneficiarios o a un grupo de personas. Sin embargo, y a

pesar de que esta segunda opción resulta más viable de examinar vía el principio de igualdad, sería también plausible considerar que el problema se centra en la falta de preceptos concretos a examinar por el órgano constitucional y, a no ser de que exista una facultad expresa en ese sentido, la discrecionalidad legislativa tendría que imperar sobre los mandatos constitucionales.

Este problema ha sido planteado en Alemania por Schneider al señalar que los derechos fundamentales bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación, no accionable, pero sí jurídicamente vinculante de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.

En este sentido, señala el autor alemán que el Tribunal Constitucional no dispone de posibilidades ejecutorias, teniendo además en cuenta, que la sanción de una ley depende, en última instancia de determinadas mayorías políticas. Sin embargo, en la mayoría de los casos resueltos ha bastado que el Tribunal amenazase con un veredicto de violación constitucional para activar al legislador.<sup>154</sup>

No obstante esta actividad, en un asunto sobre desigualdad de pensiones para hombres y mujeres, el Tribunal Constitucional Alemán se mostró más cauteloso de la actividad legislativa dejando en manos del legislador la reforma de la ley de pensiones. En este caso, el Tribunal dejó establecido dos cuestiones relevantes para el problema que aquí se analiza: primera, que los pensionados emigrados o expulsados constituyen un grupo necesitado de protección social y, segunda, que el legislador estaba obligado según el mandato del concepto de Estado Social a desplegar una actividad centrada en la política social.<sup>155</sup>

Como se aprecia, la actuación del Tribunal Constitucional constituye una novedosa “invitación” al legislativo para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, a pesar de que, como señala Schneider, carezcan de fuerza para obligar. No obstante, este accionar del juez constitucional si deja claro la

<sup>153</sup> COBREROS MENDAZONA, E., cit., pp. 44-45.

<sup>154</sup> Ver SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, cit., p. 32.

<sup>155</sup> Ídem, p. 33.

fuerza vinculante de las normas sociales previstas en el ordenamiento constitucional.

La segunda dificultad respecto de las omisiones legislativas es aquella que hace referencia a la especial estructura de las normas constitucionales sociales. Aquí el argumento central reside en la vaguedad y el carácter programático que caracterizan a los derechos sociales. Como se ha visto, esta peculiaridad no es óbice para reconocer su valía normativa-constitucional y en todo caso, los derechos sociales adoptan tipos distintos de normas constitucionales que debe analizarse cada una por separado.

La tercera cuestión a tratar aborda el tema de los límites de actuación del poder legislativo y el Tribunal Constitucional. El debate de fondo de esta cuestión se plantea cuando la intervención del juez constitucional se extralimita en su función negativa de control de la constitucionalidad. Esta extralimitación puede darse cuando el Tribunal corrige una omisión legislativa y por tanto, se considera que, más allá del texto legal, impone quehaceres a los poderes públicos para el cumplimiento de la ley. En este sentido se arguye que las correcciones del órgano jurisdiccional al legislador suponen una violación al principio de separación de poderes y sobre todo, una grave vulneración al principio democrático.

Así, la discusión queda planteada en términos de límites a la actuación del juez constitucional como órgano revisor del legislativo. Sin duda, resulta difícil trazar una línea nítida que distinga los ámbitos de actuación del juez constitucional en su función de revisor de la constitucionalidad del legislador ordinario. Sin ánimo de agotar el debate, veamos enseguida algunos de los argumentos que defienden el otorgamiento de más amplias facultades al órgano jurisdiccional y enseguida aquellas tesis que sostienen la deferencia al legislador democrático. Todo ello con el fin de analizar las dificultades que se presentan para la efectividad plena de los derechos sociales en el ámbito de los órganos públicos. Esto nos servirá para plantear algunas propuestas de solución a dichos problemas más adelante.

Por una parte, se encuentra un sector de la doctrina más progresista que defiende la actuación del Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas. De entre ellos, Mortati parte de la consideración de que la Constitución italiana asume el principio de *checks and balances*, y no el de

división de poderes, es decir, el mutuo equilibrio entre ellos.<sup>156</sup> De lo cual, el control de constitucionalidad es un ejemplo. En este sentido, el autor ve en la actuación del Tribunal la reparación a la inactividad del legislador.

Zagrebelsky insiste respecto de la postura de Mortati que, la experiencia ha demostrado que la Ley no puede normalmente ser reemplazada por la buena voluntad de otros operadores del sistema y que las razones del desequilibrio que paraliza a éste, derivan sobre todo de la incapacidad para legislar.<sup>157</sup>

Por otra parte, los argumentos que sostienen como criterio de actuación del juez constitucional la deferencia al legislador democrático. Para Nino, por ejemplo, los cambios estructurales sólo en forma más relativa y mediata están relacionados con reformas constitucionales: Más que incluir nuevas declaraciones que se agreguen a las que en forma suficientemente comprensiva están incorporadas, y más que extender una operatividad por vía judicial, lo que se requiere ineludiblemente son modificaciones en la organización del poder democrático. De ese modo se hará posible la formación del consenso que es necesario para encarar aquellas reformas estructurales, permitiendo materializar los derechos sociales frente a la resistencia de las formaciones corporativas que procuran preservar el statu quo.<sup>158</sup>

En España, el Tribunal Constitucional ha seguido como línea de actuación la deferencia al legislador como se ha manifestado respecto de su propia función: "... declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella no se regula, supondría efectivamente invadir competencias legislativas"<sup>159</sup> Incluso, en ocasiones el Tribunal se ha inclinado por hacer invitaciones al legislador para que colme los vacíos legislativos.<sup>160</sup> En otra ocasión, el Tribunal abordó directamente la cuestión de inconstitucionalidad por omisión y afirmó que "la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución

<sup>156</sup> Cit. por COBREROS MENDAZONA, E., cit., p. 45.

<sup>157</sup> ZAGREBELSKY, G., "Costituzione italiana", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 443.

<sup>158</sup> NINO, C.S., cit., p. 411.

<sup>159</sup> Ver por ejemplo, la sentencia núm. 26/1987, de 27 de febrero, fj 14.b.

<sup>160</sup> Sentencia núm. 36/1982 de 16 de junio, relativa al derecho de reunión.

impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace.”<sup>161</sup>

Sin embargo, frente a las limitadas posibilidades del Tribunal no han faltado voces que, desde la doctrina, pugnan por un Tribunal más activo. Por ejemplo, Cobreros Mendazona señala que si la omisión del legislador es constitucionalmente relevante, el Tribunal Constitucional Español debe decirlo, pues como garante que es de la Constitución, deberá señalar cuál es el origen de los incumplimientos de ésta y recordar al poder público de que se trate que debe poner fin a tales conculcaciones. Sin que esto se interprete como una injerencia en el Poder Legislativo.

El autor español va más allá en sus consideraciones cuando afirma que el Tribunal Constitucional si tiene oportunidad de hacerlo, no de oficio sino a instancia de parte, deberá indicar lo conducente ante el incumplimiento de la Constitución. Tampoco debe ser extraño que, al hilo de las diversas interpretaciones que vaya haciendo el Tribunal de los preceptos constitucionales, configure una serie de principios que el legislador debe respetar. Lo que le lleva a propugnar el fortalecimiento de las relaciones entre el Legislador y el Tribunal Constitucional por medio de la coordinación a fin de que las disfuncionalidades detectadas por el Tribunal sean subsanadas tan pronto como sea posible.<sup>162</sup>

Calvo Poyatos, desde una posición más restrictiva, afirma que en los próximos años en Europa no va a darse ningún cambio constitucional importante. Para la profesora española, la única vía eficaz para exigir el cumplimiento de los deberes tanto del Legislativo como del Gobierno consistiría en activar la iniciativa legislativa popular articulando con 50 diputados de la oposición el recurso de inconstitucionalidad contra un no hacer del Gobierno por la vía de la cultura jurídica de los derechos fundamentales.<sup>163</sup>

En Estados Unidos, el papel del poder legislativo respecto de la plena eficacia de los derechos sociales adquiere también una notable relevancia. Es una de las pocas democracias occidentales en la que los derechos sociales no

<sup>161</sup> Sentencia núm. 24/1982, de 13 de mayo RI, fj. 3, ratificada en la sentencia núm. 74/1987, de 25 de mayo, RI, fj. 4.

<sup>162</sup> Ver COBREROS MENDAZONA, E., cit., pp. 47-48.



son constitucionalmente reconocidos. Pero esto no quiere decir que los derechos a la salud, vivienda y alimentación no sean reconocidos como un bien básico por las leyes y medidas de gobierno, sino que implica admitir las dificultades para hacerlos judicialmente exigibles en ausencia de tales leyes.

Aquí el problema no se plantea en términos de incumplimiento de deberes legislativos, puesto que la Constitución no dice nada respecto a los derechos sociales. En este caso, la discusión se centra en lo que la terminología constitucional norteamericana establece como derechos justiciables y que los jueces deben tener en cuenta en su tarea de control de constitucionalidad de las leyes.

La Suprema Corte ha denegado el carácter de justiciables a los derechos sociales, y aún constitucionalistas como Michelman y Blackstone que urgen por el más amplio reconocimiento de estos derechos, aceptan la dificultad de hacerlos justiciables sin una regulación legal. Como puede apreciarse, la realización de los *welfare rights* depende de la amplia libertad del legislador para establecerlos. En cualquier caso, la Corte Suprema ha intervenido en la legislación social a través de la interpretación del principio del debido proceso o para asegurar el respeto a la cláusula de igualdad.<sup>164</sup>

En Argentina, por ejemplo, se advierten en la jurisprudencia constitucional, oscilaciones en las cuales la Corte Suprema se muestra sumamente restrictiva en el alcance de los derechos laborales y sociales, permitiendo una amplia reglamentación legislativa, y en otras ocasiones es sumamente generosa en relación con el ámbito de esos derechos frente a los de propiedad y de comerciar. Como señala Nino, es difícil eludir la conclusión de que esas oscilaciones responden a una actitud de deferencia frente al poder político del momento, que no siempre se fundamenta en un enfoque favorable a la prescindencia judicial, sino que parece responder a la coincidencia en la ideología sustantiva de los magistrados con aquel poder político en turno.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> CALVO POYATOS, Carmen, "El Estado de Bienestar en la Constitución Española de 1978" en Thetonio V., y Prieto, F., (Dirs.) *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Etea, Córdoba, 1996, p. 133.

<sup>164</sup> Ver sobre este importante tema ALONSO GARCÍA, E., "Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del 'Welfare State' en Norteamérica," en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, mayo-agosto 1984, pp. 139-184. Especialmente, el tema es abordado en las pp. 177 -ss.

<sup>165</sup> NINO, C.S., cit., p. 410.

A la vista de lo anterior, puede decirse que el legislador aparece como el máximo responsable de que los derechos sociales desplieguen toda su eficacia jurídica. El desarrollo de concretos derechos sociales resulta así necesario para dar consistencia al derecho a fin de ser jurisdiccionalmente exigibles por los ciudadanos. Sin duda, las posibilidades para ser invocados ante los tribunales se reducen por ahora al cumplimiento de los deberes del legislativo.

#### 4. El poder judicial y los derechos sociales.

Aunque el tema de las relaciones de los derechos sociales con el poder judicial ha sido abordado en parte anteriormente, al hacer referencia a los otros poderes públicos, aquí quedaría todavía pendiente por analizar lo relativo a dos cuestiones que suscitan importantes consecuencias desde el punto de vista de la eficacia jurídica de estos derechos.

Una primera cuestión tiene que ver con el grado de sujeción del poder judicial a las normas de contenido social, es decir, el cumplimiento de los deberes constitucionales que imponen las normas sociales a los jueces, ya se trate de jueces ordinarios o de jueces avocados a cuestiones de constitucionalidad. La segunda, y no menos importante, se refiere al control de constitucionalidad que realizan los tribunales constitucionales de la legislación social y sus implicaciones con el debido respeto al principio de división de poderes y al principio democrático.

Respecto a la primera de las cuestiones aludidas debemos empezar por dejar sentado con total claridad que el poder judicial, como todos los sujetos públicos y privados, se encuentran vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en virtud de su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico. En este sentido es como García de Enterría entiende que tanto el Tribunal Constitucional, los jueces y tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos y privados deben aplicar la totalidad de los preceptos constitucionales sin posibilidad alguna de distinguir entre preceptos de aplicación directa y otros meramente programáticos.<sup>166</sup>

Como se ha visto, no todos los preceptos de la Constitución tienen el mismo alcance, pero todos son normas jurídicas con plena eficacia sea cual fuere su precisión o indeterminación. Si nos referimos en especial a los

derechos sociales, lo primero que resultaría evidente, a la luz de lo dicho antes, es que sin importar la tipología normativa-constitucional que adopten dichos derechos, su cumplimiento es forzoso para los poderes públicos.

Sin embargo, dada la especial estructura jurídica de los derechos sociales, resultará que aquellos derechos que se configuren como normas específicas, es decir, aquellas que tanto los supuestos de aplicación como sus consecuencias jurídicas están tipificadas en términos precisos, permiten al juez una aplicación directa, por tanto, se trata de normas directamente invocables ante la justicia. Como precisa García Pascual, hay que tomar en cuenta que, por muy específica que sea la norma, siempre precisa de una interpretación, una comprensión lingüística por la que el intérprete, el juez, trate de entender el sentido de un texto.<sup>167</sup>

Por otra parte, los derechos sociales que adoptan una estructura distinta, ya sea como principios o mandatos al legislador, son disposiciones con igual valor normativo y que vinculan a los jueces como cualquier otra. Que una norma sea abstracta o programática no exime al juez de su aplicación, pues abstracción y generalidad son características de lo jurídico en general y de los textos constitucionales en particular como se ha visto.

En cualquier caso, las disposiciones relativas a los derechos sociales en las constituciones son, por regla general, ejemplos claros de vaguedad e indeterminación que precisan una reelaboración, en primer lugar, por el legislativo (sobre todo en caso de normas que suponen mandatos al legislador) y, en última instancia, por el poder judicial, por medio de la interpretación constitucional. En estos supuestos, a diferencia de las normas que contienen derechos directamente exigibles, los jueces y tribunales poco o nada pueden hacer para la consolidación de aquellas normas sociales (especialmente los derechos a prestaciones) que están sujetas a un desarrollo legislativo posterior.

Precisamente en este carácter de no justiciable radica uno de los principales problemas que impiden la plena efectividad de los derechos sociales. Se destacan algunas sugerencias como la de Ferrajoli, quien señala el principio de legalidad para que las prestaciones que satisfacen los derechos

---

<sup>166</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., cit., p. 122.

<sup>167</sup> GARCÍA PASCUAL, Cristina, "La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos," en, Ballesteros, Jesús, (Ed.) *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 214.

sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y que no queden al arbitrio administrativo. Para ello es necesario, apunta el autor, que las leyes prevén los presupuestos vinculables e identifiquen con claridad los órganos que deben satisfacerlas. Por otra parte, en lo que atañe al principio de jurisdiccional, afirma que es necesario que los derechos sociales sean justiciables, o sea, accionables en juicio de confrontación con los sujetos responsables, por comisión u omisión, de su violación.

En breve, el autor italiano propone que la legitimación activa sea extendida a nuevas subjetividades colectivas. Es decir, que junto a la participación política en las cuestiones de gobierno reservadas a las mayorías, se desarrolle una no menos importante participación de los ciudadanos en la tutela y satisfacción de sus derechos como instrumentos de autodefensa y de control en las relaciones con los poderes públicos.<sup>168</sup>

Así las cosas, es claro que jueces y tribunales, al ejercitar la potestad jurisdiccional, deberán siempre actuar conforme al contexto constitucional. Los jueces mantienen respecto de los derechos sociales la misma competencia que sobre el resto del ordenamiento jurídico. Y, como ya sabemos, los derechos sociales resultan directamente eficaces en el proceso de inconstitucionalidad basándose, como fundamento de la demanda, en la violación de un derecho social.

Al respecto, en algunos sistemas constitucionales, como el español, el texto superior es claro al señalar que los principios rectores de la política social y económica sólo serán invocables de acuerdo con las leyes que los desarrollen (Art. 53.3 CE). Esto no es óbice, sin embargo, a que tales leyes puedan ser objeto de revisión constitucional tomando como parámetro de constitucionalidad los llamados principios rectores.<sup>169</sup> Así, en caso de que la legislación aplicable resulte contraria a la Constitución los jueces podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional,

<sup>168</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón, Juan Terradillas, Rocío Cantanero, Trotta, Madrid, 1995, p. 918.

<sup>169</sup> Como sugiere CARMONA CUENCA, E., cit., p. 119.

por considerar que alguna ley u otra norma legal contradice las previsiones constitucionales.<sup>170</sup>

En otros lugares, como Portugal y Alemania,<sup>171</sup> la Constitución también prevé esta posibilidad para que los jueces, al revisar la constitucionalidad de las leyes, acudan a la jurisdicción constitucional a plantear el recurso correspondiente.

Por otra parte, autores como Prieto Sanchís y Zornoza, han manifestado que la virtualidad de los derechos sociales no se despliega únicamente en el ámbito de las situaciones jurídicas subjetivas sino que puede proyectarse en el control objetivo de la actividad económica de los poderes públicos.<sup>172</sup> En este sentido, no son pocas las dificultades a las que tienen que enfrentarse jueces y tribunales para controlar la actividad administrativa en materia económica sobre todo a la hora de determinar cuándo nos encontramos ante un gasto público justo o necesario, y porque la organización de los servicios públicos es una tarea atribuible a la Administración y a su potestad reglamentaria.

Por tanto, para controlar esta actuación habrá de acudir a las normas constitucionales sociales. Lo más probable, como apunta Prieto, es que los tribunales no pudiesen llegar más lejos de donde han llegado mientras no se articule con normas secundarias o de organización que colmen los vacíos jurídicos de los derechos sociales, que obviamente, no corresponde a los tribunales dictar. Con esta última idea, pasemos ahora a la segunda cuestión por ver respecto de la actuación de los tribunales constitucionales al momento de controlar la constitucionalidad de la legislación.

En efecto, otra cuestión importante a considerar dentro de las relaciones de los derechos sociales es la relativa a la función de control de constitucionalidad que realizan los tribunales. Debemos precisar, como se ha

<sup>170</sup> Ver SERRANO, J.L., cit., pp. 117-118. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, L., "Los principios rectores de la política social y económica", cit., p. 195; FERNÁNDEZ, T-R, cit., p. 29.

<sup>171</sup> Efectivamente, es en la aplicación de la ley por los juzgados y tribunales donde surgen principalmente las dudas sobre la constitucionalidad de las leyes. En el caso de Alemania, cuando un tribunal considera que una ley dictada con posterioridad a la Ley Fundamental, y de cuya validez dependa el fallo, es contraria a la Constitución, debe adoptar el procedimiento estatuido por el art. 100, apartado 1 de la Ley Fundamental y los párrafos 13, núm. 11, 80 y ss., que mandan suspender el trámite de la causa y requerir la resolución del Tribunal Constitucional Federal. Ver al respecto, FALLER, Hans Joachim, "Defensa Constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979, pp.47-68, especialmente ver pp. 52-53.

<sup>172</sup> PRIETO SANCHÍS, L., cit., p. 197 y ZORNOZA PÉREZ, J.J., cit., pp.51-ss.

visto, la doctrina es unánime al considerar que la fuerza vinculante de los derechos sociales se gesta en las decisiones constitucionales por medio de la interpretación de las normas. Un medio para llevar a cabo esta interpretación es, precisamente, el control de constitucionalidad de la legislación social. Sin embargo, la cuestión no es sencilla, pues en esta actividad revisora el problema esencial plantea los límites de la jurisdicción constitucional, que se han mencionado antes.

Los límites al respecto son de dos tipos. Por una parte, los que impone el principio de división de poderes y por otra parte, los relativos al principio democrático. Respecto del primero, resulta sencillo decir que en virtud de tal principio, cada uno de los órganos del Estado tienen señaladas sus competencias en el texto constitucional. Sin embargo, la apariencia es engañosa, pues en el sistema de jurisdicción constitucional, donde la obligación esencial del juez constitucional es la observancia cabal de la Constitución, se coloca al juez en el papel de juzgar la actuación de los otros poderes. Lo que le lleva, en varias ocasiones a cuestionar su actuación más allá de la función negativa atribuible al control constitucional.

Precisamente, en el ejercicio de estas funciones, se cuestiona la validez de las decisiones del juez constitucional al ser el menos democrático de los poderes públicos. Así, las cosas, el argumento democrático insiste por un auto-control del Tribunal a favor de los órganos representativos, especialmente, del legislador democrático. Y, por otro lado, el argumento a favor del control constitucional señala que la principal función de los preceptos sociales (sobre todo en lo que se refiere a las disposiciones programáticas) consistirá en evitar que en la aplicación de la Constitución sus intérpretes le asignen un sentido reñido con los valores y los fines consagrados en la norma suprema o que simplemente la comunidad ha vivenciado como prioritarios.<sup>173</sup> Desde este punto de vista, los jueces constitucionales tendrán siempre amplias potestades para determinar en concreto cuál es la situación de cada cláusula, y, más aún, para no confesar “ab initio” su impotencia jurisdiccional a causa de omisiones imputables al legislador.

Los términos de este debate serán planteados con mayor análisis en el capítulo siguiente, cuando veamos lo relativo al control de constitucionalidad de

la legislación social y los diversos argumentos que plantean una actuación más activa de los tribunales constitucionales. Por el momento, queda sentado aquí los términos del debate y los principales problemas de fondo que plantea la actuación del juez constitucional.

#### E. Evaluación de las tesis que niegan eficacia jurídica a los derechos sociales. La función jurídico-normativa de los derechos sociales

A punto de concluir lo relativo a las dificultades que conlleva la protección constitucional de los derechos sociales, cabría en este momento hacer una breve reflexión sobre lo hasta aquí visto. Ante todo, debe tenerse en cuenta que la realización de los derechos sociales exige una intervención de los poderes públicos en el tejido social a fin de conseguir los objetivos o fines previstos en el texto constitucional, es decir, que su planteamiento parte de una concepción social del Estado.

Por tanto, desde el punto de vista de la función de los derechos sociales en el texto constitucional, como se ha podido observar, los problemas que aquejan a los derechos sociales constitucionales presentan serias dificultades tanto de identificación como de aceptación. Por consiguiente, cuando se habla de las peculiaridades de los derechos sociales se alude a un grupo de derechos que presentan una fisonomía particular alejada de la tradicional estructura de los derechos de libertad. Sin embargo, veamos enseguida algunas consideraciones que espero ayudarán a comprender que la conciencia generalizada sobre el devaluado régimen jurídico de los derechos sociales obedece a otras razones o criterios que poco facilitan el estudio de estos derechos.

En primer lugar, respecto a la identificación de los derechos sociales hay que resaltar que tanto los problemas de delimitación de los contenidos como la cuestión terminológica obedecen a diversos puntos de vista desde los cuales pueden agruparse los derechos. Sin embargo, desde el punto de vista de su finalidad, es posible deducir que los derechos sociales son derechos prestacionales y derechos de contenido igualitario. Prestacionales porque su satisfacción requiere una acción o deber de contenido positivo. Igualitarios

---

<sup>173</sup> En este sentido es la opinión de VANOSSI, J.R., cit., p. 374.

porque tienen como finalidad alcanzar la igualdad sustancial o material para los colectivos menos favorecidos de la sociedad.

En segundo término, respecto a las dificultades para la aceptación de los derechos, es posible decir que la eficacia de los derechos sociales es puesta permanentemente en duda por su continua dependencia de factores que le son externos. Los argumentos vertidos desde los ámbitos socio-políticos, económicos y jurídicos evidencian que la realización y existencia misma de los derechos dependen de opciones políticas y económicas que han de ser resueltas por los poderes políticos en última instancia. Así, el contenido y, por tanto, la efectividad de los derechos sociales sería una cuestión dependiente del proceso económico y de criterios políticos.

Sin embargo, como se ha visto, estos argumentos no alcanzan a desvirtuar la eficacia jurídico-normativa de estos derechos, sino todo lo contrario. Argumentos como la escasez de recursos y la dependencia de factores externos, nacionales e internacionales, únicamente ponen de manifiesto la imposibilidad práctica de satisfacerlos adecuadamente. Sobre todo, si tomamos en cuenta que su satisfacción requiere toda una organización de servicios públicos. Pero esta situación no es suficiente para descartar su valor jurídico. Los derechos sociales como derechos previstos constitucionalmente gozan de fuerza normativa al igual que las demás normas del ordenamiento superior. Lo que varía es su alcance jurídico.

Precisamente, respecto al aspecto jurídico, es preciso reconocer que ninguna de las características atribuidas a los derechos sociales dan lugar a un tratamiento uniforme. Esto es así porque los derechos sociales no pueden agruparse dentro de un tipo normativo determinado. Al contrario, como se ha visto, los preceptos constitucionales de contenido social adquieren diversos tipos normativos y, por tanto, precisan de un tratamiento jurídico diferenciado como aquí se ha sugerido.

En tercer lugar, y desde el punto de vista de los problemas institucionales, puede decirse que los derechos sociales también presentan graves manifestaciones que están influyendo de forma notable en su efectividad. En mi opinión, las dificultades por las que atraviesan estos derechos se centran en la falta de eficacia jurídica para el caso del



incumplimiento de los deberes que impone la Constitución a los poderes públicos.

El reconocimiento de lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador, indica, como afirma Ferrajoli, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía.<sup>174</sup> En el caso de algunos derechos sociales la técnica es simple, si se funda en obligaciones por ley. Mientras que en otros casos, como aquellos en los que la satisfacción exige la intermediación burocrática y aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o se da en forma rudimentaria.

Hay que reconocer también, siguiendo al profesor italiano, que nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Para el autor, esto es un retraso de las ciencias jurídicas y políticas que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un estado social de derecho equiparable al viejo estado de derecho liberal.<sup>175</sup> Para resolver el problema no han faltado propuestas como el proceso de inconstitucionalidad por omisión que ha sido establecido en países como Portugal.

Sin duda, el problema no es baladí. La cuestión no tiene lógicamente una respuesta única de carácter global, sino tantas como derechos se reconocen en la Constitución, dada la radical diversidad de unos y otros. Por tanto, resulta imprescindible el análisis caso por caso del derecho a partir de la realidad social y económica. No faltan tampoco propuestas de autores como La Pégola que urgen por la existencia de una técnica para la defensa de los derechos sociales.<sup>176</sup>

Pero queda pendiente por resolver la cuestión sobre la falta de cumplimiento de los deberes públicos. Está claro que los derechos sociales vinculan a los poderes públicos. Como también que corresponde al judicial el controlar las actuaciones de los otros poderes. Por ello, es importante averiguar hasta qué punto responde o no una concreta ley ordinaria a los postulados y

<sup>174</sup> FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la Democracia*, núms. 16-17, 1992, p. 67.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> LA PERGOLA, A. "Le garanzie della Costituzione italiana", en *La Costituzione spagnola nell trentennale della Costituzione italiana*, Arnaldo Forni, Bologna, 1978, p. 45.

exigencias del texto constitucional. Esta tarea no puede ser abordada más que por los recursos que la justicia constitucional pone al alcance.

La función constitucional aquí consistiría en revisar el camino que el legislador viene obligado ha recorrer por la Constitución así como los ámbitos de la potestad reglamentaria administrativa. Desde el punto de vista de la función normativa, los derechos sociales resultan así derechos directamente eficaces en el proceso de inconstitucionalidad, como parámetro de la constitucionalidad de la legislación social y como criterios interpretativos del orden constitucional.

Para avanzar un paso más en la superación de las dificultades para la protección de los derechos sociales y sabiendo que sólo el análisis detallado de cada derecho en particular dará respuesta al verdadero alcance de cada derecho, es posible distinguir algunas notas características que faciliten el estudio de la función jurídico-normativa de los derechos sociales.

Por tanto, con el riesgo que imponen las generalizaciones, puede decirse que los derechos sociales son jurídicamente susceptibles de protección constitucional en cuanto participan de las siguientes características.

1. Son normas jurídicas. Su carácter de normas no autónomas o normas programáticas no desvirtúa su naturaleza jurídica. Únicamente da cuenta de que se trata de normas jurídicas cuya operatividad depende de un desarrollo posterior.
2. Son derechos fundamentales. Los derechos sociales, como derechos fundamentales, forman parte de lo indecible pues pertenecen al núcleo de derechos que no están sujetos a las decisiones de la mayoría. Su finalidad es asegurar condiciones de vida digna para todas las personas, por ello, son derechos de contenido igualitario.
3. Son eficaces. Despliegan su eficacia jurídica en cuanto normas constitucionales dirigidas a todos los poderes públicos y privados. Estas normas vinculan a los poderes públicos a través del mandato constitucional de realizar actos positivos, es decir imponen deberes a los poderes públicos, ya sea de dar o de hacer. De ahí que se resalte el elemento prestacional como fuente de exigibilidad de los derechos. Sin embargo, desde mi punto de vista, no es el único elemento a tomar en cuenta. También es importante subrayar la función que

cumplen estos derechos como criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico y como parámetros de control de la actuación estatal.

4. Son derechos que, dada la diversidad de estructuras normativo-constitucionales que adoptan las cláusulas sociales, forman un grupo de derechos que no pueden recibir un tratamiento uniforme.
5. Son preceptos que requieren para su satisfacción de ley. Por tanto, ante la ausencia de control de las omisiones constitucionales, su cumplimiento únicamente puede exigirse por la vía política, en las urnas electorales. Por eso, como afirma Ferrajoli, actúan como factores no solo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.<sup>177</sup> Sólo a través de los actos de los poderes públicos (del legislador, principalmente) es posible revisar su apego a la Constitución por medio de la jurisdicción constitucional.

F. Algunas propuestas de solución a las dificultades de protección de los derechos sociales.

El objetivo de este apartado es exponer algunos mecanismos de control de constitucionalidad que se han plasmado en otros sistemas jurídicos con la finalidad de hacer más efectivas las cláusulas sociales y económicas de las constituciones.

La presentación de estas propuestas se hará según el ente que realiza la actividad de procuración. Siguiendo este criterio analizaré en primer término, las proposiciones que incumben al juez constitucional; posteriormente, las que refieren la colaboración entre los órganos del Estado; y finalmente las soluciones que implican a la sociedad civil.

## 1. Propuestas en sede constitucional

### 1.1 Inconstitucionalidad por omisión

---

<sup>177</sup> FERRAJOLI, L., "El derecho como sistema de garantías", cit., p. 65.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión<sup>178</sup> se vincula directamente con la estructura de determinadas normas que, como se ha visto, requieren de una intervención directa del legislador. Aunque, excepcionalmente, dicha intervención puede provenir de un órgano administrativo. En tal sentido, puede decirse que cualquier omisión en las llamadas normas programáticas o las normas que contienen un mandato al legislador genera una inconstitucionalidad por omisión.

Ahora bien, sin pretender un análisis exhaustivo de esta figura constitucional,<sup>179</sup> es importante señalar que la inconstitucionalidad por omisión responde a la pretensión de validez de las normas de la Constitución que a todos los poderes vinculan.

Esta fuerte tendencia finalista acentúa la fuerza vinculante del texto constitucional y la búsqueda de nuevas vías procesales para convertir en operativas las exigencias constitucionales. De ahí que la principal característica de este instrumento, desde mi punto de vista, es conseguir que la voluntad del texto constituyente se realice en plenitud.

De hecho, la experiencia nos dice que la evolución del Derecho Social ha conducido a una realidad que no debe sorprendernos: las garantías sociales han quedado relegadas a una promesa meramente programática de la que los poderes públicos deben tomar nota, particularmente, el legislador, como primer obligado en reconocerle una vinculación jurídica concreta.

---

<sup>178</sup> El primer antecedente constitucional de la omisión legislativa inconstitucional se encuentra en la Constitución Yugoslava de 1974, cuyo artículo 377 prescribía: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia."

<sup>179</sup> Una exposición sobre las características de la omisión constitucional puede encontrarse, por mencionar algunas referencias en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, especialmente ver pp. 328-265; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997; VECINA, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1, octubre-marzo 1994, pp. 487-493; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero-abril 2001, pp. 81-130; GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997; AHUMADA RUIZ, M. A., "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991; NUNES DE ALMEIDA, Luis, "Portugal", en Aja, Eliseo (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 207-255.

Es también importante señalar que esta especial problemática que suponen los derechos sociales introduce en la teoría constitucional de nuestros tiempos la inconstitucionalidad por omisión como una alternativa para servir como activador de los derechos sociales de manera directa. Si partimos del hecho de que los derechos sociales son normas constitucionales de eficacia limitada que, en algunos casos, suponen exigencias concretas de desarrollo posterior, como hasta ahora se ha señalado.

En tal sentido, autores como Fernández Rodríguez<sup>180</sup>, han señalado que los derechos sociales son parte de los encargos constitucionales en los cuales es posible hablar de vulneración de la Carta Magna por omisión. Sobre todo, porque como se visto, de la configuración normativa de estos derechos es posible deducir que se trata de normas que contienen mandatos al legislador futuro por lo que son, como se ha afirmado también, normas jurídicamente vinculantes para una determinada puesta en acción de la actividad estatal.

Obviamente, las dificultades que se han esgrimido en contra de la virtualidad jurídica de estos derechos permanecen presentes en esta propuesta no desaparecen, al contrario, creo que se fortalece el argumento del costo económico, social y político que representan estos derechos.

Sin embargo, su existencia y la voluntad política que los haga factibles es una cuestión diferente. La idea central aquí es el introducir nuevos elementos que permitan encontrar los cauces para lograr una más exigente protección constitucional de los derechos sociales.

Básicamente, la idea central de este apartado es exponer los escenarios en los cuales puede hablarse de la inconstitucionalidad por omisión. La aplicación dependerá de cada caso concreto y, sobre todo, de la voluntad del constituyente.

En tal sentido, en el control de las omisiones legislativas, y siguiendo esencialmente al profesor Gomez Canotilho,<sup>181</sup> se identifican los siguientes

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ, José J., cit., p. 193.

<sup>181</sup> GOMEZ CANOTILHO, José Joaquín, *Direito Constitucional*, Librería Almedina, Coimbra, 1987, pp. 829 y ss. El autor hace referencia básicamente al texto Constitucional Portugués de 1976, el cual introdujo por vez primera dicho instituto. Posteriormente, la reforma de 1980 refleja la inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos: "1. A requerimiento del Presidente de la República, el Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2.

componentes: en primer lugar, estamos en presencia de una omisión constitucional cuando el órgano del Estado no realiza aquello a lo que estaba constitucionalmente obligado. Vinculado con esto, la omisión legislativa se vincula con aquel deber del legislativo no realizado. Con esta precisión, descartamos, desde luego, otros tipos de omisiones que implican desconocimiento de mandatos constitucionales para los otros poderes públicos.

En segundo término, existe también omisión legislativa cuando estamos en presencia de normas constitucionales sin suficiente concreción para que sean exigibles por sí mismas. Esta especial configuración normativa supone una tarea al legislador de darles operatividad práctica.

Por último, se habla de omisión legislativa cuando el legislador no cumple un mandato directo, es decir, aquellas normas que contienen la exigencia de legislar concreta. Se trata de las normas constitucionales que se conocen como “mandatos al legislador.”

Como punto complementario, debo decir que la doctrina que ha estudiado a fondo esta temática, incluye dentro del rubro de omisiones legislativas a aquellos supuestos en los cuales no hay incumplimiento del deber de legislar, sino que se trata de las llamadas “omisiones relativas”, es decir, aquellos casos en los cuales se deriva una actuación parcial del legislador con la lesión al principio de igualdad. Esta derivación de la omisión legislativa será analizada más adelante, baste por lo pronto su señalamiento.

Sin duda, este mecanismo de control de las omisiones legislativas constituye en gran medida un medio que garantiza la eficacia inmediata y directa de los postulados constitucionales de naturaleza social que asumen la forma de mandatos al legislador o bien, normas que contienen prestaciones o fines cuyo cumplimiento es obligatorio para los poderes del Estado, especialmente, cuando el mandato es para el legislativo.

## 1.2 Las sentencias aditivas del control de constitucionalidad

---

Quando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.” Este mecanismo de control se ha adoptado, con sus propias peculiaridades, por la Constitución de Brasil de 1988. En el Art. 103 inciso segundo establece el “mandato de injunção” que: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días.”

Este mecanismo de control constitucional es el que proporciona el control de la omisión legislativa al regular ciertos supuestos y el legislador omite sin fundamento el mismo tratamiento jurídico a casos idénticos, dando lugar, con ello, a la vulneración del principio de igualdad.

Mediante la utilización de este tipo de sentencias, frecuentemente por la Corte Constitucional Italiana y en menor medida por el Tribunal Constitucional Español, se opta por privilegiar el principio de igualdad al declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la parte en la cual no dispone lo que debería contener. De esta forma, se incorpora al cuerpo legislativo una disposición que prevé los beneficios a los sujetos que anteriormente carecían.

En Italia, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con las omisiones legislativas. En éste ámbito de las decisiones aditivas se hace referencia a aquel tipo de decisión con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición en cuanto a que omite decir algo.<sup>182</sup>

La peculiaridad que ofrece este sistema para proteger de los incumplimientos legislativos radica en que el juez constitucional se pronuncia no sólo al declarar la inconstitucionalidad sino asumiendo un papel más activo. Me refiero a la actividad de integración. Con el fin de reducir el margen de discrecionalidad de la intervención judicial, la jurisprudencia indica que el juez debe señalar que la “adición” que se añade debe venir impuesta por la lógica del sistema normativo, para evitar con ello interferencias con las opciones reservadas al legislador. Dentro de estos límites, la intervención del juez no se considera como una invasión de la discrecionalidad del legislador.

Recientemente, el debate sobre las llamadas “sentencias aditivas” ha ocupado los estudios constitucionales por su forma interpretativa a fin de asegurar la seguridad de los derechos fundamentales. En algunos casos, la omisión relativa a considerar es una exclusión, que implica la anulación de la parte de la disposición que nada dice. En otros casos, el Tribunal ha resuelto simples omisiones, esto es, la carencia de una disciplina que, a juicio de la Corte Constitucional hubiera debido existir a fin de que la norma, en su

<sup>182</sup> ROMBOLI, Roberto, “Italia”, en Aja, Eliseo (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 89-135, la cita es de la p. 114. También puede consultarse RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, “La corte constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?”, en *Tribunal Constitucional*, Vol. I, pp. 2410-2444.

significado global, no entrara en contradicción con las normas constitucionales parámetro.<sup>183</sup>

En todo caso, y de estrecha relación con los problemas de eficacia de los derechos sociales, según Romboli, los casos que más han planteado problemas específicos en la utilización de las sentencias aditivas se refieren con las implicaciones financieras. Sobre todo, por el requisito que viene impuesto en la Constitución según el cual "... ley que comporte nuevos o mayores gastos debe indicar los medios para hacerles frente". En este supuesto, la experiencia jurisprudencial italiana ha optado por no aplicar dicho precepto de forma directa por los jueces constitucionales de la Corte.

Según el autor, la decisión parece venir del criterio según el cual se entiende que la disposición está dirigida al legislador o bien porque de llevar a cabo este señalamiento el juez no estaría en condiciones de indicar los medios para hacer frente a los gastos como efecto de su pronunciamiento de inconstitucionalidad.<sup>184</sup> Sin duda, como ya señalaba Mortati, el argumento financiero ha influido las decisiones constitucionales y operado como un argumento oculto de falta de fundamento de la cuestión.<sup>185</sup>

Puede afirmarse, que las sentencias aditivas han sido el remedio más empleado por el sistema italiano frente a las omisiones legislativas. Desde luego, como se ha visto con los otros remedios constitucionales, plantean no pocos problemas desde el punto de vista de las relaciones entre el Legislativo y el Tribunal Constitucional.

El conflicto que supone la invasión de competencias ha propiciado que la Corte ensaye otras fórmulas que pudieran resultar de atractiva utilidad para la plena efectividad de las cláusulas constitucionales. Por ejemplo, la Corte ha empleado en sus decisiones las invitaciones y amonestaciones al legislador con el fin de que intervenga en la regulación de una materia determinada; las

<sup>183</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., cit., p. 342.

<sup>184</sup> ROMBOLI, R., cit., p. 116.

<sup>185</sup> Cit. por ROMBOLI, R., cit., 117. En relación con este supuesto es importante mencionar la creación en la Corte Constitucional italiana de la "Oficina para la documentación y cuantificación financiera" cuyo objetivo es conocer anticipadamente las implicaciones económicas de una eventual decisión de inconstitucionalidad.



declaraciones de inconstitucionalidad declarada pero no constatada; las llamadas “sentencias delegación.”<sup>186</sup>

Estas técnicas, sin duda, resultan aplicables a aquellos dispositivos sociales que imponen un deber de acción para el legislativo o la administración, en su caso. Ya sea que se trate de peticiones al legislativo para actuar; la constatación de incompatibilidad-con la Constitución pero sin declarar la nulidad porque con ello se excedería de sus propias funciones; o bien, cuando el Tribunal delega la función de regular al legislador. Como puede apreciarse, los métodos suponen, en gran medida, un respeto por la competencia reservada al legislador democrático.

Otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional Español ha recurrido a varias técnicas para enfrentarse al problema de las omisiones legislativas como son las recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial por vulneración del principio de igualdad, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, etc.<sup>187</sup>

No obstante, la adopción de estas medidas, especialmente, las sentencias aditivas han propiciado críticas que se refieren principalmente a la actividad legislativa que ejerce el Tribunal Constitucional en estos casos.<sup>188</sup> Como comúnmente se objeta, cierto sector de la doctrina se opone a este tipo de pronunciamientos debido a las funciones legislativas que asume el Tribunal.

Autores como Vecina,<sup>189</sup> matizan estos argumentos al señalar que la utilización de las sentencias aditivas debe reducirse a aquellos supuestos en los que no sea posible realizar una interpretación de la disposición legal ni tampoco eliminarla por entero al crear, con ello, el vacío legal subsiguiente que propicie más problemas que lo que intenta evitarse con su anulación. En otro supuesto, se sugiere el empleo de estas sentencias cuando existan varias alternativas para colmar la laguna, si el Tribunal elige una opción constituiría una facultad política que corresponde sólo al legislador.

<sup>186</sup> Las referencias pueden consultarse en el amplio e interesante estudio de DÍAZ REVORIO, F., cit., pp. 103-105.

<sup>187</sup> Véase en los estudios sobre la temática a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional ... cit., pp. 25-30.

<sup>188</sup> Ver al respecto, VECINA, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1, marzo-octubre 1994, pp. 487-493.

Con lo hasta aquí expuesto resulta claro que algunas de las técnicas habilitadas por los jueces constitucionales, y en especial, las sentencias aditivas que posibilitan al Tribunal, en ciertos casos, a que pueda llegar a crear una norma por adición o sustitución, incluso, diferente de la que cuya constitucionalidad se discute. Esto sin duda, no deja de causar problemas.

Estas técnicas en uso en Italia, Alemania y España, aunque tienden a reafirmar el principio de supremacía constitucional y, como derivación de éste, el control de constitucionalidad por el órgano titular, no están exentas de riesgos y costos jurídicos y políticos cuya superación exige, como bien se ha señalado, mantener el equilibrio entre el principio de garantía de la Constitución encarnado por el Tribunal Constitucional y el principio democrático, encarnado por el órgano legislativo.

Desde mi punto de vista, la solución debe seguirse buscando en otras opciones, dependiendo de las posibilidades normativas que cada país ofrezca. En los últimos años, las formas que se han adoptado son las sentencias de mera inconstitucionalidad sin la declaración de nulidad; las sentencias de anulación diferida; o bien, las sentencias desestimatorias con declaración de inconstitucionalidad.

En todo caso, los riesgos señalados no son fatales, desde mi perspectiva, ya que estos riesgos pueden ser paliados mediante sistemas de frenos y la misma auto-limitación del Tribunal así como la posibilidad de llegar a acuerdos formales entre los órganos del Estado, como los que a continuación se exponen.

## 2. Colaboración entre órganos

### 2.1 Sentencias de apelación

Las características que rodean a este grupo de mecanismos de control hacen factible que se agrupen como remedios bilaterales, es decir, se trata de posibles soluciones que suponen la colaboración entre el Tribunal Constitucional y el Legislativo.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán es, probablemente, el que más ha ensayado tipos de sentencias para realizar el control de las leyes. En

---

<sup>189</sup> VECINA, J., cit., p. 491.

tal sentido, existen algunas decisiones se utilizan con cierta frecuencia para responder al problema de la omisión relativa del legislador.

Así, se ubican las llamadas “sentencias de apelación” o “sentencias apelativas”. Se trata de sentencias que declaran que la ley es todavía constitucional pero viene acompañada de una apelación al legislador y, en ocasiones, de un plazo para que proceda a una nueva regulación debido a que puede en un futuro devenir inconstitucional. De ahí que la declaración venga acompañada de una apelación al legislador para evitar a tiempo, gracias a medidas legislativas, la inconstitucionalidad. En ocasiones, se señala un plazo para dicha actuación legislativa.

La viabilidad de este tipo de sentencias para el caso de la efectividad de los derechos sociales resulta altamente satisfactoria toda vez que permite prever una inadecuación con la Constitución debido a cambios sociales o económicos.

Es claramente ejemplificativo el caso donde el Tribunal afirmó que “no se entendía que fueran en ese momento incompatibles con la Constitución las condiciones rigurosas que establecía la legislación social para el acceso a la pensión de viudo en comparación con las exigidas por el viudo.” Sin embargo, en uso de estas sentencias hizo una llamada al legislador para que formulara una solución que excluyera en el futuro la contradicción con la Constitución. El Tribunal se anticipó al cambio de papel de la mujer tanto en la familia como en la pareja, por ello, la reforma era precisa en breve tiempo.<sup>190</sup>

Se aprecia en cuanto a los efectos de estas sentencias una actitud por parte del Tribunal Constitucional de deferencia al legislador habida cuenta de que la inconstitucionalidad de la norma impugnada ya es una realidad porque el cambio que predice se constata en la actualidad. No obstante, dado que corresponde al legislador la tarea de regularlo hace la apelación de esta situación para ser corregida. No debe olvidarse aquí que están en juego cuestiones no sólo de política sino de índole presupuestaria, de ahí que la actitud de auto-limitación que asume el Tribunal propicia una sana relación de colaboración.

## 2. 2 Declaraciones de mera inconstitucionalidad sin nulidad.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desplegado la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin la consecuencia de nulidad (*Unvereinbarkeit*).<sup>191</sup> En tal caso, la declaración de inconstitucionalidad exige de la intervención del legislador como finalidad de suprimir la situación de inconstitucionalidad.

Este tipo de sentencias pretenden responder a aquellas situaciones en las cuales la legislación no contempla, indebidamente, a ciertos grupos en situación favorable o bien, tratándose de una ley que es constitucional pero tiene una laguna que ha de ser resuelta de conformidad con los principios constitucionales.

Como bien apunta Díaz Revorio, la determinación de los efectos de estas sentencias ha quedado confiada a la propia labor jurisprudencial.<sup>192</sup> En ella se han dado indicaciones sobre la aplicación o no de la ley, o bien, fijando alternativas o principios que ha de seguir el legislador para enmendar la situación cuya constitucionalidad se cuestiona.

Vale la pena resaltar que en estos casos, se trata de sentencias que resuelven: a) con relación al derecho transitorio; b) supuestos no evidentes de inconstitucionalidad; c) mayor proximidad constitucional; d) declaración de incompatibilidad por las consecuencias económicas; e) las regulaciones legales discriminatorias.

Para lo que a nosotros interesa, y también el supuesto más frecuentemente empleado por la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad lo constituyen los casos de violación de la cláusula de igualdad. La consecuencia jurídica inmediata consiste en que la norma inconstitucional sigue manteniéndose en el sistema normativo pero a dicha norma se le impone una prohibición de aplicación.

En tal caso, el Tribunal Constitucional impone al legislador la obligación de suprimir el dispositivo que opera inconstitucionalmente y actuar sin demora aprobando una regulación que sea constitucional. La experiencia jurisprudencial demuestra que los plazos dependen de diversas variantes como

---

<sup>190</sup> DÍAZ REVORIO, F., cit., p. 96.

<sup>191</sup> Esta posibilidad está contemplada en la Ley del Tribunal Constitucional por reforma en 1979 que permite declarar una ley compatible, incompatible o nula, en referencia, por supuesto, con la Ley Fundamental.

<sup>192</sup> Véase el interesante artículo de DÍAZ REVORIO, Francisco J., cit., especialmente pp. 91-94.

la dificultad de la materia, el volumen del trabajo, aunque debe decirse que la duración no se fundamenta concretamente, pudiendo oscilar entre los 9 meses y los 4 años.<sup>193</sup> Así mismo, señala un “bloque de aplicación” en el cual apunta la parte de la normatividad que no debe aplicarse o suspenderse hasta que se dé la actuación legislativa.<sup>194</sup>

Un punto relevante en estas cuestiones se refiere, sin duda, a la obligatoriedad de las apelaciones al legislador y señalamiento de plazos. Como se ha visto, el término “Appellentscheidungen” o sentencia de apelación suele referirse a aquellas sentencias que deciden que la ley aún no es inconstitucional, sin embargo, las apelaciones y plazos de los que aquí se hará referencia, suelen también emplearse en los casos de declaraciones de inconstitucionalidad en los que, por diversas circunstancias no se determina la nulidad de la ley.

El problema aquí señalado no es sencillo. Ya sea que exista un señalamiento de plazo, en cuyo caso se objeta la legitimidad del Tribunal para imponer plazos; o bien, si no hay señalamiento, supuesto en el cual el cumplimiento queda en manos del legislador. El problema se refiere, en pocas palabras, al vínculo por el cual el legislador debe sentirse obligado a ejecutar las indicaciones del Tribunal Constitucional.

En todo caso, el señalamiento de plazos es una consideración que no es fácilmente comprensible desde el punto de vista jurídico-constitucional, puesto que partimos del hecho de que la legislación tendría que ser constitucional desde su regulación, en caso contrario, procede la declaración de inconstitucionalidad y, por ende, su nulidad. Se entiende, y en esto radica su gran virtud, en que se trata de soluciones que se explican en términos de conveniencia u oportunidad, en último caso, de necesaria colaboración.

### 2.3 Sentencias aditivas de principio o de “sentencias delegación”

Como se ha señalado al exponer las técnicas empleadas por la Corte Constitucional Italiana, estas sentencias se destacan por la técnica empleada de absoluto respeto por las funciones reservadas al legislativo.

<sup>193</sup> STCF 33, 303/348; 61, 319/321 cit. por WEBER, Albrecht, “Alemania”, en Aja, Eliseo (Editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 80.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

La aportación de estas sentencias radica en que la Corte declara la inconstitucionalidad pero sin hacer mención de la forma de regular sino que “delega” este cometido a la instancia competente, el legislador.<sup>195</sup> Si bien, como destaca Díaz Revorio, en ocasiones el juez constitucional señala los principios constitucionales que ha de tener en cuenta al momento de legislar lo nuevo.

De forma similar a las sentencias delegación, las llamadas sentencias aditivas de principio, no se introduce una regla operante y aplicable, sino que se fija un principio general que requiere la actuación legislativa, aunque en ocasiones se permite que el juez ordinario emplee este principio general para resolver un caso concreto dentro de ciertos límites.<sup>196</sup>

La finalidad de esta nueva técnica decisoria obedece a la ilegítima inactividad del legislador por la discrecionalidad para suministrar la regulación debida. Obviamente, el gran mérito de estas sentencias ha sido que se declara la falta de previsión legal para hacer efectivo un derecho, aunado a esto, se respeta que la facultad del legislativo de concretarlo.

## 2. 4 La técnica del reenvío

Desde otra óptica y reforzando el papel del legislativo, esta técnica expone apelar a la voluntad de las mayorías para decidir sobre la interpretación de un precepto constitucional. Con esta base, y cuestionando la infalibilidad de las mayorías, Gargarella propone el establecimiento de un organismo distinto del legislativo y del judicial encargado del control de las leyes con el fin de señalar los errores cometidos en el proceso de creación de la norma, señalar límites impuestos por los derechos fundamentales, por ejemplo.<sup>197</sup>

En el pensamiento del autor, la idea central se refiere a los temores que existen con relación a los límites al poder judicial al momento de tener la “última palabra” o “verdad legal” sobre cuestiones de radical importancia. Sin duda, el argumento no es nuevo. De fondo, la objeción contramayoritaria señala que sean los jueces los que terminen imponiendo sobre la mayoría los criterios sobre los cuales debe decidir la ciudadanía a través del legislativo.

<sup>195</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional Italiano”, en *Tribunal Constitucional*, Vol. I, pp. 275-296. La cita es de la p. 293.

<sup>196</sup> ROMBOLI, R., cit., p. 123. El autor señala esta nueva técnica decisoria empleada por la Corte Constitucional en Italia en la que se observa una nueva clase de colaboración entre la Corte, el Parlamento y los jueces, actuando cada uno de ellos en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por lo que, básicamente, propone establecer un mecanismo flexible que incluya, entre otros instrumentos, la técnica del reenvío y procurar la mejoría de la producción legislativa y la promoción del diálogo institucional.

En el mismo sentido Ferreres Comella, apunta que el modelo de justicia constitucional en vez de destacar la superioridad de los jueces constitucionales invite a un diálogo interpretativo entre jueces constitucionales y legislador para descubrir conjuntamente el contenido y límites de los derechos fundamentales de la Constitución.<sup>198</sup> La estructura federal de los Estados Unidos ha permitido el desarrollo de una práctica interpretativa que sigue este modelo dialogal. Lo que ha propiciado una teoría interpretativa entre los legisladores estatales y el Tribunal Supremo, una interpretación “coordinada” o “dialógica” en la que nadie tiene la última palabra.

Esencialmente, la alternativa del reenvío, según Gargarella, proporciona ventajas para privilegiar este diálogo entre órganos: primeramente, la decisión judicial no tiene el carácter de última palabra; en segundo término, el poder judicial tiene la facultad de instar al legislativo para que reflexione sobre el contenido de la norma en cuestión propiciando, con ello, el diálogo con los legisladores; y, en tercer lugar, en caso de una tensión entre los poderes, el legislativo es el órgano con la mayor legitimidad democrática para decidir sobre la interpretación final de un precepto.<sup>199</sup>

### 3. Otras vías de solución

#### 3.1 Autoayuda y subsidiariedad

En este último apartado me referiré brevemente, y sin ninguna pretensión de profundizar en los argumentos, a aquellas propuestas que ante la compleja problemática que representa la realización de los derechos sociales han volteado a analizar otros aspectos que tienen que ver con el recurso a la participación de la sociedad y la responsabilidad ciudadana.

Para ello, me referiré en primer término a las tesis que plantean una participación más activa de la sociedad para asumir funciones de protección y

<sup>197</sup> GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 174-175.

<sup>198</sup> FERRERES COMELLA, Víctor, “Justicia constitucional, democracia y federalismo: una aproximación desde la teoría constitucional norteamericana”, en *Autonomías*, núm. 21, diciembre 1996, Barcelona, pp. 331-358. La cita es de la p. 352.

<sup>199</sup> Ídem, pp. 176-177.

asistencia social debido a la fuerte crisis que caracteriza al Estado Social de nuestros días.

En tal sentido, autores como Pastori, han urgido por un modelo constitucional para “repensar” el Estado Social en virtud del constante incremento de los gastos en el ámbito social.<sup>200</sup> Situación, que desde su punto de vista, nos lleva a cuestionar si aún es posible para las instituciones públicas el asumir tales funciones y, por consecuente, el reconocimiento de tales derechos a los ciudadanos. Aunque frente a posiciones más radicales que sugieren un Estado social limitado o desestructurado, el autor orienta a plantear la cuestión no desde el punto de vista de si continuar o no reconociéndolos sino desde el punto de vista del cómo seguir posibilitando su ejercicio.<sup>201</sup>

En este sentido, las propuestas que me interesan subrayar y que se refieren al modo de hacer efectivos los derechos sociales apuntan a privilegiar la solidaridad comunitaria, la redistribución de competencias de los órganos públicos, y la regulación de un Estado que asuma el principio de subsidiariedad.<sup>202</sup>

Respecto a la solidaridad comunitaria, se prevén las organizaciones de voluntariado, las cooperativas sociales, las organizaciones no lucrativas, por ejemplo.

La redistribución de competencias de los órganos estatales alude a formas de garantía de los usuarios frente a los aparatos de servicios, la apertura de oficinas de tutela al público. Además, el rediseño de algunas instituciones para que la gestión y el suministro de los servicios se lleven a cabo por los gobiernos locales y organizaciones sociales.

En el ámbito del principio de subsidiariedad se proyecta que el Estado se vuelva un Estado regulador y asuma su función de suplencia respecto de la sociedad, mientras que la sociedad –más responsable y organizada– despliegue su actividad solidaria.

---

<sup>200</sup> PASTORI, Giorgio, “Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad”, en *Documentación Administrativa*, mayo-diciembre 1997, 248/249, pp. 197-210.

<sup>201</sup> Como se puede observar la idea que subyace en esta propuesta es que se ha creado una oferta de servicios y prestaciones en beneficio de quien no se encontraba en condiciones de necesidad. En otras palabras, la tesis sugiere adecuar más las finalidades y diferenciar en función del tipo de necesidades, prestaciones y servicios.

<sup>202</sup> Ídem, pp. 210-211.



Incluso, pueden incluirse aquí las propuestas que alzan los valores de responsabilidad, esfuerzo o mérito para desarrollar la autonomía y el talante moral de los ciudadanos. Como señala Fernández, la solución adecuada se encuentra en la delimitación del papel necesario del Estado Social y un mayor protagonismo de la sociedad civil.<sup>203</sup>

—

### 3.2 Responsabilidad ciudadana

La tesis que fundamenta esta teoría es la siguiente: con la garantía de los derechos sociales por parte de las instituciones estatales se reduce la responsabilidad ciudadana. Con ella, Zapata examina la polivalencia de la cuestión de la responsabilidad ciudadana cuando se utiliza en diferentes concepciones de la democracia para fundamentar los derechos sociales.<sup>204</sup>

Resulta interesante esta tesis que parte de la tarea de discutir el fundamento de los derechos sociales como uno de los debates pendientes de las teorías de la democracia. En tal sentido, se plantea como fundamento de tales derechos la responsabilidad ciudadana al señalar que el problema específico radica en el vínculo que se manifiesta entre las concepciones de responsabilidad, autonomía y participación socio-política.

El punto de partida es el ya conocido argumento conservador según el cual los derechos sociales promueven pasividad entre sus beneficiarios sin mejorar las condiciones de vida porque crean una cultura de dependencia de las políticas públicas en contra de la promoción de la autonomía de la persona al actuar como ciudadana y reduciendo su participación en la vida pública.<sup>205</sup>

Para examinar el problema, el autor utiliza las concepciones liberal (Rawls), libertaria (Nozick) y republicana (Walzer) para fundamentar sus posiciones y derivar de ellas dos modelos de ciudadanía democrática tomando como referencia la función de la responsabilidad respecto a la autonomía y participación como fundamento de los derechos sociales.

<sup>203</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en López García, José A., y Del Real, J. Alberto (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Universidad de Jaén-Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 103-122. La cita es de la p. 122.

<sup>204</sup> Sigo aquí la propuesta del autor que expone en ZAPATA, Ricard, "La responsabilidad ciudadana como fundamento de los derechos sociales: una cuestión polivalente", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 94, octubre-diciembre 1996, pp. 147-170.

<sup>205</sup> Ídem, p. 150.

Resumidamente, puedo decir que para Nozick existe una separación estricta entre la responsabilidad estatal y la del ciudadano, para Rawls una división social de las responsabilidades basada en el mutuo reconocimiento y para Walzer no existe ni separación ni división sino simplemente una responsabilidad cuya satisfacción requiere de las tres relaciones (Estado, ciudadano y colectividad). -

Atendiendo al lugar que ocupa la participación y autonomía respecto a la responsabilidad ciudadana el autor sugiere dos modelos de ciudadanía para fundamentar los derechos sociales: en el primer modelo (liberales y libertarios) el sistema de responsabilidades tiene como referencia reguladora alcanzar una congruencia en términos individualistas y estáticos; en el segundo modelo (republicano), el sistema de responsabilidades aspira a expresar congruencia entre las partes en términos colectivos, dinámicos y transformadores.

En el pensamiento del autor, la cuestión aquí es plantear que se debe promover una ciudadanía responsable a través de los derechos sociales. Si asumimos que los procedimientos actuales son deficitarios para lograr un sistema congruente de responsabilidades, el autor señala que el camino a seguir no es negar el papel mediador de los derechos sociales sino analizar qué tipo de ciudadanía es la deseable: el modelo conservador, individualista o estático o bien, el modelo colectivo, dinámico. A partir de esta decisión, comienza la argumentación para determinar las responsabilidades de cada uno de los actores de la relación tripartita -Estado, ciudadano y colectividad- para señalar si los derechos sociales son o no negociables en comparación con los derechos civiles y políticos.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> Ídem, p. 168.